Deutscher Bundestag **Drucksache 19/14027**

19. Wahlperiode 16.10.2019

Antrag

der Abgeordneten Dr. Manuela Rottmann, Katja Keul, Oliver Krischer, Luise Amtsberg, Canan Bayram, Stefan Gelbhaar, Britta Haßelmann, Renate Künast, Monika Lazar, Dr. Irene Mihalic, Dr. Konstantin von Notz, Filiz Polat, Tabea Rößner und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Zivilprozess im 21. Jahrhundert – Strategischer Verhinderung der Revision entgegenwirken

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

1.
Im vierten Jahr nach Offenbarwerden des sogenannten „Diesel-Skandals“ oder „Dieselgate“ fehlt es noch immer an einer höchstrichterlichen Endentscheidung des Bundesgerichtshofs zur zivilrechtlichen Haftung insbesondere des Herstellers gegenüber den Käufern solcher Fahrzeuge.[1]

Bisher wurden zwar viele Tausende einzelner Zivilklagen erhoben.[2] Ferner existiert bereits eine Fülle durchaus deutlich divergierender instanzengerichtlicher Entscheidungen.[3] Schließlich hat auch der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (VZBV) – in Kooperation mit dem ADAC im November 2018 von der mit Blick auf drohende Verjährung in den „Diesel-Fällen“ eilig eingeführten Möglichkeit der Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO) Gebrauch gemacht. Es wurde am OLG Braunschweig ein solches Musterfeststellungsverfahren gegen die VW AG erhoben[4], für das sich offenbar rund 430.000 Verbraucher haben registrieren lassen.[5]

---

1 Vgl. zum Nachfolgenden Prof. Dr. Beate Gsell (LMU München), „Rechtsgutachterliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess“ vom 27.09.2019, diesem Antrag als Anlage beigefügt.
2 Gsell, a.a.O., Seite 2.
3 Gsell, ebd.
4 Gsell, a.a.O., Seite 2, Fn. 6: Bekanntmachung erfolgte am 26.11.2018, das Aktenzeichen lautet: 4 MK 1/18; ein erster Termin ist für den 30.09.2019 anberaumt; näher zum Verfahren https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Klagen/201802/KlagRE_2_2018_node.html (zuletzt abgerufen am 24.09.2019).
5 Gsell, a.a.O., Seite 2, Fn. 7: https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamation/kundenrechte/musterklage-gegen-vw-so-machen-sie-mit-29738 (zuletzt abgerufen am 24.09.2019).

Darüber hinaus haben sich diverse Rechtsdienstleister Ansprüche von zigtausenden Autokäufern abtreten lassen, um diese Ansprüche dann gebündelt vor den Zivilgerichten geltend machen zu können.[6]

2.
Trotzdem ist zu bemerken, dass es zu Berufungsurteilen oft nicht kommt, weil die Berufung bei drohender Prozessniederlage – oder überhaupt zur Verhinderung einer Revision – jeweils nach außergerichtlicher Einigung zurückgenommen wird.[7] Ähnlich erfolgte in zwei Revisionsverfahren kurzfristig vor dem Verhandlungstermin Anfang 2019 ebenfalls eine Zurücknahme, vermutlich jeweils nach einer für den Prozessgegner günstigen vergleichsweisen Einigung.[8]

Es scheint demnach einer gezielten Prozessstrategie der VW AG zu entsprechen, negative – oder überhaupt – Berufungsurteile und erst recht eine ungünstige Grundsatzentscheidung des BGH durch ein für den jeweiligen Prozessgegner günstiges außergerichtliches Vergleichsangebot zu verhindern, das diesen zugleich verpflichtet, Stillschweigen über den Inhalt dieser Einigung zu bewahren.[9]

3.
Die „Diesel-Kfz-Abgas-Fälle“ werfen außerdem ein Schlaglicht auf ein bestehendes Rechtsschutzdefizit:

Im Gegensatz zu vielen anderen – auch europäischen – Staaten gibt es in Deutschland noch immer kein Kollektivklageverfahren im Sinne einer Gruppen- oder Sammelklage, das es einer Vielzahl gleichartig Geschädigter ermöglichen würde, den jeweiligen Schädiger durch einen Repräsentanten der Gruppe in einem einzigen Zivilprozess auf Zahlung in Anspruch zu nehmen.[10] Ein echtes, auf Leistung gehendes Kollektivklageverfahren würde Zigtausende von Einzelprozessen, wie wir sie derzeit als Diesel-Kfz-Abgas-Klagen erleben, erübrigen und im Interesse der Geschädigten, aber auch zur Schonung von Justizressourcen, eine gebündelte Rechtsdurchsetzung ermöglichen. Damit entfiele aufgrund der Bündelung nicht nur die durch eine Vielzahl, teilweise stark divergierender Instanzurteile verursachte Rechtsunsicherheit, sondern auch die Möglichkeit, sich von einer höchstrichterlichen Grundsatzentscheidung durch großzügige Vergleichsangebote gegenüber einzelnen „freizukaufen“.[11] Die antragstellende Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat zuletzt auf Bundestags-Drucksache 19/243

6 Gsell, a.a.O., Seite 2.
7 Gsell, a.a.O., Seite 3, Fn. 10 und dortigen Hinweis u.a. auf Bericht auf der Website der Tagessschau, https://www.tagesschau.de/wirtschaft/vw-diesel-klagen-101.html, ferner Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ) vom 09.05.2019, https://edition.faz.net/faz-edition/unternehmen/2019-05-10/9a985448b8202808ccd63ebfd102169f/?GEPC=s5, sowie Bericht des Tagesspiegel vom 21.04.2019, https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/klagen-im-dieselskandal-worauf-man-sich-bei-einem-vergleich-mit-vw-einlaesst/21194306.html (jeweils zuletzt abgerufen am 24.09.2019).
8 Gsell, a.a.O., Seite 3, Fn. 11: Pressemitteilungen des BGH Nr. 181/2018 vom 11.12.2018 zur Aufhebung des Verhandlungstermins vom 08.01.2019 im Verfahren VIII ZR 78/18 und Nr. 22/2019 vom 22.02.2019 zur Aufhebung des Verhandlungstermins vom 27.02.2019 im Verfahren VIII ZR 225/17, abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0181/18 sowie unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0022/19 (jeweils zuletzt abgerufen am 24.09.2019).
9 Gsell, a.a.O., Seite 3, Fn. 13: Bruns, NJW 2019, 2211, 2213, der mutmaßt, dass die Kläger durch „Überkompensation“ zur Klagerücknahme bewegt werden.
10 Gsell, a.a.O., Seite 8 f.
11 Gsell, a.a.O., Seite 9.

vom 12.12.2017 einen entsprechenden Gesetzentwurf „zur Einführung von Gruppenverfahren" vorgelegt.[12]

Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO verschafft den Geschädigten selbst im Erfolgsfall keinen Leistungstitel. Vielmehr muss jeder einzelne Geschädigte anschließend gegebenenfalls individuell auf Zahlung klagen.[13] Dies erklärt, warum – zumindest rechtsschutzversicherte – Kfz-Käufer trotz der Musterfeststellungsklage gegen die VW AG weiterhin zu Tausenden individuell klagen und damit Anreize für den Anspruchsgegner fortbestehen, in diesen Einzelverfahren höchstrichterliche Grundsatzentscheidungen zu verhindern.[14]

Für kollektive Schadensereignisse wie aktuell die Diesel-Kfz-Abgas-Fälle bedarf es vielmehr eines effektiven und auf Leistung gehenden Kollektivklageverfahrens, mit dem ein Repräsentant die gleich oder ähnlich gelagerten Ansprüche sämtlicher Anspruchsteller effektiv gebündelt einklagen kann. Ein solches Gruppenklageverfahren macht parallele Einzelprozesse entbehrlich und bietet den Vorteil, dass der Gruppenkläger „unbestechlich" ist gegenüber einem „Freikauf" einzelner Geschädigter durch den Anspruchsgegner, so dass eine höchstrichterliche Klärung von Grundsatzfragen erleichtert wird.[15]

4.
Letztlich muss aber auch festgestellt werden, dass der Prozesstaktik der aktiven Vermeidung einer ungünstigen Grundsatzentscheidung durch ein günstiges Vergleichsangebot *de lege lata* in den meisten Fällen nicht wirksam begegnet werden kann. Insbesondere kann sie einer Prozesspartei nicht – so wenig wie das Akzeptieren eines solchen Vergleichsangebots – als rechtsmissbräuchlich vorgeworfen werden. Vielmehr steht eine solche Taktik im Einklang mit dem, den Zivilprozess maßgeblich bestimmenden und letztlich in der materiell-rechtlichen Privatautonomie wurzelnden Grundsatz der Parteiherrschaft („Dispositionsmaxime"), ebenso wie mit der in der ZPO explizit angestrebten Förderung einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreits in jeder Lage des Verfahrens.[16]

Wird der Rechtsstreit dem Gericht aber zu einem Zeitpunkt entzogen, in dem er bereits ganz oder nahezu entscheidungsreif ist, so ist es unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Einsatzes von Justizressourcen misslich, wenn der bis dahin vom Gericht investierte Aufwand ohne Nutzen für die Rechtspflege bleibt und gar fertige Urteilsentwürfe in den Papierkorb wandern.[17] Die im öffentlichen Interesse liegenden Revisionszwecke

- Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen,
- Fortbildung des Rechts und
- Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

werden schlicht verfehlt, wenn dem Gericht aufgrund entsprechender Parteidisposition die Rechtssache entzogen und es daran gehindert wird, die aufgeworfenen Rechtsfragen zu beantworten. Die Erreichung der im öffentlichen Interesse liegenden Revisionszwecke wird ferner auch dann erschwert, wenn entsprechend grundsätzliche Rechtsstreitigkeiten massenhaft schon in der Berufungsinstanz in

12 Abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/002/1900243.pdf (zuletzt abgerufen am 24.09.2019).
13 Gsell, a.a.O., Seite 9.
14 Gsell, a.a.O., Seite 9 f.
15 Gsell, a.a.O., Seite 25.
16 Gsell, a.a.O., Seite 10.
17 Gsell, a.a.O., Seite 5.

der vorstehend beschriebenen Weise den Gerichten entzogen werden und es deshalb gar nicht mehr zur einer Revisionseinlegung kommen kann.[18]

5.
Die geltende Rechtslage ist nach alldem unbefriedigend und ist deshalb reformbedürftig.

II. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung daher auf, in ihren Gesetzentwurf auf Bundesratsdrucksache 366/19 zur Änderung zivilprozessualer Vorschriften

1. eine gesetzliche Klarstellung zur Veröffentlichung (auch) verfahrensleitender Hinweisbeschlüsse und Verfügungen aufzunehmen, die etwa wie folgt in einem § 173 Absatz 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) niedergelegt werden könnte:

   „Das Gericht veranlasst die Veröffentlichung von End- und gegebenenfalls auch von Zwischenentscheidungen, verfahrensleitenden Beschlüssen und Verfügungen in anonymisierter Form, soweit ein Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung angenommen werden kann.“

2. eine Ermächtigung des BGH zur Beantwortung aufgeworfener Rechtsfragen unabhängig von der Parteidisposition über den Rechtsstreit für die Revision vorzusehen, die etwa wie folgt in einem § 557 Absatz 4 der Zivilprozessordnung (ZPO) niedergelegt werden könnte:

   „Auch soweit es aufgrund Zurücknahme oder anderweitiger Erledigung einer zulässigen Revision nicht zu einer Entscheidung über Revisionsanträge kommt, kann das Revisionsgericht durch Beschluss Feststellungen zu den durch die Revision aufgeworfenen Rechtsfragen treffen, soweit dies wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung in besonderem Maße geboten erscheint. Dasselbe gilt bei Erlass eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils.“

III. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung darüber hinaus auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der ein effektives und auf „Leistung“ gehendes Kollektivklageverfahren einführt, mit dem ein Repräsentant die gleich oder ähnlich gelagerten Ansprüche sämtlicher Anspruchsteller effektiv gebündelt einklagen kann, wie es etwa bereits auf BT-Drs. 19/243 vom 12.12.2017 vorgeschlagen wurde.

Berlin, den 15. Oktober 2019

Katrin Göring-Eckardt, Dr. Anton Hofreiter und Fraktion

18 Gsell, a.a.O., Seite 6.

Begründung

Zu II. 1. (Gesetzliche Klarstellung zur Veröffentlichung [auch] verfahrensleitender Hinweisbeschlüsse)

In den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen ist zu beobachten, dass es zu einer höchstrichterlichen Klärung der damit zusammenhängenden Rechtsfragen aus prozesstaktischen Gründen nicht kommt.

Nur ganz vereinzelt kam es im Falle der Zurücknahme des Rechtsmittels noch zur Veröffentlichung rechtlicher Stellungnahmen der zuständigen Rechtsmittelgerichte, und zwar in Gestalt von Hinweisbeschlüssen und Verfügungen. Insbesondere hat der Bundesgerichtshof in einem Verfahren, in dem die Revision zurückgenommen wurde, einen zuvor – ganz gegen die übliche Praxis – erlassenen Hinweisbeschluss anschließend veröffentlicht (BGH, Hinweisbeschluss v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17 = NJW 2019, 1133). Dies hat vereinzelt Kritik erfahren.[19]

Allerdings ist, auch wenn dies gesetzlich bislang im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) keine ausdrückliche Regelung erfahren hat, anerkannt, dass die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen in anonymisierter Form eine öffentliche Aufgabe der Gerichte ist, die sich verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und dem Grundsatz der Gewaltenteilung ableitet: Dies haben Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschl. v. 14.09.2015 – 1 BvR 857/15 = NJW 2015, 3708) und Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Urt. v. 26.02.1997 – 6 C 3/96 = BVerwGE 104, 105 = NJW 1997, 2694), aber auch der Bundesgerichtshof (BGH, Beschluss v. 05.04.2017 – IV AR (VZ) 2/16 = NJW 2017, 1819) bereits übereinstimmend ausgesprochen. Auch in der zivilprozessualen Literatur wird diese Einschätzung geteilt (siehe nur BeckOK ZPO/Bacher, 33. Edition, Std. 1.7.2019, § 299 Rn. 52).[20]

Als wesentliche Voraussetzung für eine Veröffentlichungspflicht im konkreten Fall wird dabei das (mögliche) öffentliche Interesse an der Entscheidung erachtet. Hingegen ist der Umstand, ob es sich um eine prozessbeendende oder der Rechtskraft fähige oder öffentlich verkündete Entscheidung handelt, nicht primär maßgeblich. Angesichts der großen Anzahl ähnlich gelagerter Fälle kann in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen der Rechtsmittelgerichte mit Rechtsausführungen zu Rechtsstreitigkeiten, in denen es aufgrund einer Zurücknahme nicht mehr zu einem Berufungs- oder Revisionsurteil kommt, kaum verneint werden.[21]

Vor diesem Hintergrund wird – wie oben unter Ziff. II Nr. 1 beschrieben – vorgeschlagen, in das GVG eine klarstellende Regelung in einem § 173 Absatz 3 GVG-E aufzunehmen.

Zu II. 2. (Ermächtigung zur Beantwortung aufgeworfener Rechtsfragen)

Sowohl eine weitergehende gesetzliche Beschränkung der Zurücknahme der Revision (und gar auch der Berufung) und erst recht eine gesetzliche Ermächtigung der Gerichte, sich über entgegenstehende Parteidispositionen überhaupt hinwegzusetzen und dennoch über das Rechtsmittel zu entscheiden, würden über das legitime Reformziel, die prozesstaktische Verhinderung von Leitentscheidungen zu bekämpfen, hinausschießen. Der – für den Zivilprozess zentrale – Grundsatz der Parteiherrschaft (Dispositionsmaxime) würde unnötig weit beschnitten.[22]

Erscheint also eine Entscheidung über das Rechtsmittel trotz entgegenstehender Parteidisposition als überschießender Eingriff in die den Zivilprozess prägende Dispositionsmaxime, sollte als milderes Mittel (Grundsatz der

19 Gsell, a.a.O., Seite 12.
20 Gsell, a.a.O., Seite 12-13.
21 Gsell, ebd.
22 Gsell, a.a.O., Seite 17 ff.

Verhältnismäßigkeit) eine begrenzte Ermächtigung der Rechtsmittelgerichte eingeführt werden, die eine Beantwortung der durch das Rechtsmittel aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen unabhängig von den Parteidispositionen ermöglicht.[23]

Für das Revisionsverfahren ist dies sinnvoll und empfehlenswert. Der § 577 Absatz 4 ZPO-E sollte in der oben unter Ziff. II Nr. 2. vorgeschlagenen Form eingeführt werden:

1.

Nach Einlegung der Revision stehen die öffentlichen Revisionszwecke, also die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Vordergrund. Es erscheint daher eine von der Parteidisposition unabhängige revisionsgerichtliche Entscheidungsmacht insoweit legitim, als sie auf die Erreichung der öffentlichen Revisionszwecke beschränkt bleibt und den Parteien keine Entscheidung über den Rechtsstreit aufnötigt, die diese nicht mehr wollen und die überdies lediglich Situationen erfasst, in denen diese öffentlichen Revisionszwecke eine höchstrichterliche Entscheidung in besonderem Maße geboten erscheinen lassen.[24]

Selbstverständlich soll es im Zivilprozess weiterhin grundsätzlich um individuelle, der Parteidisposition unterliegende Rechtsdurchsetzung gehen. Es besteht daher keinerlei Veranlassung, die Revision dahin auszugestalten, dass den Prozessparteien „das Heft aus der Hand genommen“ werden kann.[25]

Die gesetzliche Ermächtigung zur Klärung der mit der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen sollte in ihrer Funktion vielmehr beschränkt bleiben auf ein „verfahrensrechtliches Ventil für Sondersituationen“ – wie eben insbesondere die hartnäckige prozesstaktischen Vereitelung höchstrichterlicher Leitentscheidungen, an denen insbesondere mit Blick auf eine Vielzahl gleichgelagerter Rechtstreitigkeiten ein gesteigertes öffentliches Interesse besteht.[26]

Der Bundesgerichtshof wird nach dem oben in Ziff. II Nr. 3 beschriebenen Vorschlag künftig – trotz (drohender) entgegenstehender Parteidisposition – eine ihm geboten erscheinende rechtliche Stellungnahme abgeben können, um den öffentlichen Revisionszwecken gerecht zu werden und Rechtssicherheit herzustellen. Zugleich wird er nicht mehr gezwungen sein, von seiner fest etablierten Praxis abzuweichen, im Vorfeld von mündlichen Verhandlungen gerade keine Hinweisbeschlüsse zu veröffentlichen. Insofern fügt sich der Vorschlag besser in die üblichen Verfahrensabläufe ein als der ausnahmsweise Erlass und die Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen durch den BGH.[27]

Erst recht bestünde keine Notwendigkeit mehr, die in einem nur vorbereiteten, aber gar nicht existent gewordenen Hinweisbeschluss enthaltenen Rechtsausführungen systemwidrig in einen Beschluss nach § 522 Abs. 3, § 565 Satz 1, § 516 Abs. 3 ZPO zu integrieren, der die Partei nach Zurücknahme der Revision ihres Rechtsmittels für verlustig erklärt, nur um zur Veröffentlichung einer rechtlichen Stellungnahme zu gelangen.[28]

Nach dem Vorschlag bleibt es dabei, dass der Bundesgerichtshof als Revisionsgericht nicht zu *abstrakten* Rechtsgutachten ermächtigt wird, sondern nur diejenigen Rechtsfragen beantworten darf, die durch die konkrete Revision aufgeworfen wurden. Über die Disposition der Parteien setzt sich der Vorschlag also nur insoweit hinweg, als die gerichtliche Befugnis zur Klärung dieser Rechtsfragen – anders als bislang – nicht mehr länger abhängig sein soll von einer Entscheidung über aktuelle Revisionsanträge der Parteien. Damit gilt aber weiterhin, dass die rechtliche Stellungnahme des Revisionsgerichts rückgebunden wird an eine tatsächliche, instanzgerichtlich konturierte Fallkonstellation.[29]

Das dem Revisionsgericht eingeräumte Ermessen sollte sich nicht nur auf die Frage erstrecken, ob überhaupt rechtliche Feststellungen erfolgen, sondern auch darauf, in welchem Umfang die in der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen beantwortet werden und inwieweit es dafür erforderlich ist, in der betreffenden Revisionsentscheidung die zugrunde liegenden Tatbestandsannahmen wiederzugeben. Was schließlich die Wirkungen einer solchen

23 Gsell, a.a.O., Seite 18.
24 Gsell, a.a.O., Seite 18-19.
25 Gsell, a.a.O., Seite 20.
26 Gsell, a.a.O., Seite 20.
27 Gsell, ebd.
28 Gsell, a.a.O., Seite 21.
29 Gsell, a.a.O., Seite 21-22.

Revisionsentscheidung anbelangt, die keinen Urteilsspruch über Revisionsanträge erfordert, sondern sich in rechtlichen Feststellungen des Revisionsgerichts zu den durch die Revision aufgeworfenen Rechtsfragen erschöpfen kann, so sollte man ihre Eignung, für Rechtsklarheit zu sorgen und das Recht fortzubilden, grundsätzlich nicht anders bewerten als diejenige gewöhnlicher Revisionsentscheidungen mit Urteilsspruch über Rechtsmittel und Rechtsstreit. Sie sollte damit insbesondere in demselben Maße als Grundlage dafür taugen, in Fallkonstellationen, in denen dieselbe rechtliche Frage künftig wieder auftritt, eine Klärungsbedürftigkeit im Sinne von § 543 Abs. 2 ZPO zu verneinen.[30]

2.

Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass es vor den Berufungsgerichten ebenfalls zu prozesstaktischer Verhinderung begründeter Endentscheidungen kommen kann und kommt, sollte die für das Revisionsgericht vorgeschlagene Ermächtigung zu rechtlichen Feststellungen trotz entgegenstehender Parteidisposition nicht auf die Berufungsgerichte ausgeweitet werden. Dagegen spricht schon, dass im Berufungsverfahren die Fehlerkontrolle im Interesse der Prozesspartei stärker im Vordergrund steht als im Revisionsverfahren und dass den Berufungsgerichten in Bezug auf die rechtssichere Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen aufgrund ihrer Stellung im Instanzenzug doch eine weniger prominente Rolle zukommt als dem BGH als Revisionsgericht.[31]

Zu III. (Einführung eines wirkungsvollen Kollektivklageverfahrens)

Es gilt im Zivilprozess der Grundsatz, dass Geschädigte ihre Ansprüche vor Gericht individuell durchsetzen müssen und dabei jeder für sich das Prozesskostenrisiko zu tragen hat. Im Zuge des sogenannten Abgasskandals hat sich die Notwendigkeit besserer Möglichkeiten kollektiver Rechtsdurchsetzung aber deutlich gezeigt. Tausende Eigentümerinnen und Eigentümer eines Dieselfahrzeugs haben Klagen eingereicht, die nun einzeln von den Gerichten entschieden werden müssen. Rechtsdienstleiter haben es gegen eine hohe Erfolgsprovision übernommen, im Wege der Forderungsabtretung Ansprüche gegen verschiedene Automobilkonzerne zu sammeln, die sie in gerichtlichen Verfahren geltend machen, da ein effektives Rechtsinstrument zur kollektiven Durchsetzung in der Zivilprozessordnung nicht existiert.

Wird eine Vielzahl von Personen durch dieselbe rechtswidrige Verhaltensweise geschädigt, können die Betroffenen nämlich nur in den seltensten Fällen auf Instrumente kollektiven Rechtsschutzes zurückgreifen, um ihre Ansprüche gemeinsam durchzusetzen. Die neu eingeführte Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. BGB) füllt diese seit langem bekannte Lücke im Prozessrecht nur in unbefriedigender Weise, insbesondere, weil sie – wie oben unter Ziff. I dieses Antrags bereits festgestellt wurde – lediglich auf „Feststellung“, nicht aber auf „Leistung“ gerichtet ist.

Auch ist die Musterfeststellungsklage in ihrem Anwendungsbereich eng auf Business-to-Customer-Konstellationen („b2c-Konstellationen“) beschränkt. Zu massenhaft gleich gelagerten Ansprüchen kann es aber auch jenseits davon und insbesondere im unternehmerischen Geschäftsverkehr kommen, so etwa im Bankrecht und im Kartellrecht.[32] Abgesehen davon sind selbstverständlich auch Unternehmer Kunden – und insoweit Käufer eines manipulierten Diesel-Fahrzeugs – etwa von Volkswagen geworden. Für diese Sachverhalte bietet die Musterfeststellungsklage keine Lösung.

Die deutsche Zivilprozessordnung hat sich zwar für die individuelle Rechtsdurchsetzung bewährt. Um den neuen Herausforderungen und der gesellschaftlichen Bedeutung des Privatrechts auch auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung gerecht zu werden, sind jedoch neue Instrumente notwendig. Es sollte daher endlich ein echtes Kollektivverfahren in die ZPO integriert werden, wie es zuletzt von der antragstellenden Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf BT-Drs. 19/243 vom 12.12.2017 vorgeschlagen worden ist.

30 Gsell, a.a.O., Seite 23.
31 Gsell, ebd.
32 Gsell, a.a.O., Seite 11.

Anlage:
Rechtsgutachterliche Stellungnahme Prof. Dr. Beate Gsell (LMU München) „zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess“ vom 27.09.2019



LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT MÜNCHEN

PROF. DR. BEATE GSELL

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, ZIVILVERFAHRENSRECHT, EUROPÄISCHES PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHT



LMU · Geschwister-Scholl-Platz 1 · 80539 München

Telefon: +49 (0)89 2180-2729
Telefax +49 (0)89 2180-3159
Sekret. +49 (0)89 2180-2794

Beate.Gsell@jura.uni-muenchen.de
www.lmu.de

Sekret.: lsgsell@jura.uni-muenchen.de

Postanschrift:
Geschwister-Scholl-Platz 1
80539 München

An die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen

per E-Mail

27.09.2019

Rechtsgutachtliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung ober- und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess*

A. Problemlage und Fragestellung[1]

I. Prozessstrategien zur Verhinderung von Revisions- und Berufungsurteilen in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen

Im vierten Jahr nach Offenbarwerden des sog. „Diesel-Skandals“ oder „Dieselgate“, i.e. der massenhaften Ausstattung von Dieselfahrzeugen insbesondere durch die VW AG mit Abschalteinrichtungen, die dafür sorgen, dass die Abgaskontrolle im normalen Fahrbetrieb ganz oder teilweise außer Betrieb gesetzt wird und der Stickoxidausstoß

---

* Allen, die mich im Zuge der Erstellung des Gutachtens an ihrer Sicht auf die Problematik haben teilhaben lassen, danke ich vielmals. Ganz besonderen Dank schulde ich für wertvolle Informationen, Anregungen und Kritik: Herrn Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Vors. Richter am BGH a.D. und Herrn Dr. Thomas Mehring, Vors. Richter am LG Stuttgart; ferner für eine sorgfältige Korrekturlektüre des Manuskriptes: Herrn Dr. Matthias Fervers, Akad. Rat a.Z.

[1] Alle nachfolgend zitierten Internet-Quellen waren am 06.9.2019 abrufbar.

damit wesentlich höher ist als auf dem Prüfstand[2], fehlt es noch immer an einer höchstrichterlichen Endentscheidung des Bundesgerichtshofs zur zivilrechtlichen Haftung insbesondere des Herstellers gegenüber den Käufern solcher Fahrzeuge. Zwar wurden viele Tausende einzelner Zivilklagen erhoben[3] und gibt es auch schon eine Fülle durchaus deutlich divergierender instanzgerichtlicher Entscheidungen[4] und hat überdies der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) in Kooperation mit dem ADAC im November 2018 von der – gerade mit Blick auf drohende Verjährung in den Diesel-Fällen – eilig eingeführten Möglichkeit der Musterfeststellungsklage[5] Gebrauch gemacht und am OLG Braunschweig ein solches Musterfeststellungsverfahren gegen die VW AG lanciert[6], für das sich offenbar rund 430.000 Verbraucher haben registrieren lassen.[7] Außerdem hat sich der als „myright" agierende und nach § 10 Abs. 1 Nr.1 Rechtsdienstleistungsgesetz registrierte Rechtsdienstleister financialright GmbH Ansprüche von Zigtausenden Autokäufern abtreten lassen. Myright macht diese gebündelt vor den Zivilgerichten geltend[8] bzw. versucht, einzelne Verfahren vor den Bundesgerichtshof zu bringen[9].

---

[2] Vgl. nur die eingehende Darstellung bei https://de.wikipedia.org/wiki/Abgasskandal#Manipulationen_bei_Dieselfahrzeugen sowie die „Chronik der Ereignisse" mit einem Verzeichnis der einschlägigen Rechtsprechung bei https://www.test.de/Abgasskandal-4918330-5092247/.

[3] Streyl, NJW aktuell 2019, Editorial, im Erscheinen, nennt eine Zahl von 64.000 Einzelklagen und berichtet allein für das Landgericht Krefeld, eines der kleinsten Landgerichte in Nordrhein-Westfalen, von bislang 600 Verfahren.

[4] S. dazu näher Heese, NZV 2019, 273 ff., der eine „echte Sonderstellung" der Braunschweiger Instanzgerichte ausmacht; ders., NJW 2019, 257 ff. sowie den Nachw. in der vorhergehenden Fn.

[5] S. die neuen §§ 606 ff. ZPO i.d.F. des Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12.07.2018, BGBl. 2018 I, 1151.

[6] Bekanntmachung erfolgte am 26.11.2018, das Aktenzeichen lautet: 4 MK 1/18; ein erster Termin ist für den 30.9.2019 anberaumt; näher zum Verfahren https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Klagen/201802/Verfahren/Verfahrensstand.html?nn=11994364.

[7] S. dazu https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamation/kundenrechte/musterklage-gegen-vw-so-machen-sie-mit-29738.

[8] Entsprechende „Sammelklagen" über die Ansprüche von über 15.000 bzw. über 18.000 Autokäufern hat „myright" in den Jahren 2017 und 2018 rechtshängig gemacht, vgl. dazu nur https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-abgasskandal-myright-reicht-neue-klage-fuer-19-000-diesel-kunden-ein-a-1242991.html; nach eigenen Angaben macht „myright" die Ansprüche von über 40.000 Kunden geltend, wobei „myright" das Kostenrisiko übernimmt, die Zedenten jedoch im Erfolgsfall eine Provision in Höhe von ca. 30 % der erstrittenen Summe schulden, vgl. https://www.myright.de/abgasskandal; vgl. zur umstrittenen Frage der Zulässigkeit dieses Abtretungsmodells der „Sammelklage" insbesondere unter dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) Tolksdorf, ZIP 2019, 1401 ff. m.w.Nachw.

[9] So hat „myright" offenbar gegen das die erstinstanzliche Klageabweisung bestätigende Berufungsurteil des OLG Braunschweig vom 19.2.2019 – 7 U 134/17, Revision beim BGH eingelegt, über die aber noch nicht entschieden ist, s. dazu https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/olg-braunschweig-7u134-17-diesel-klage-myright-schadensersatz-abgelehnt-revision-bgh/.

Allerdings wird landauf und landab berichtet, dass es zu Berufungsurteilen oft nicht kommt, weil die Berufung bei drohender Prozessniederlage oder überhaupt zur Verhinderung einer Revision jeweils nach außergerichtlicher Einigung zurückgenommen wird.[10] Ähnlich erfolgte in zwei Revisionsverfahren kurzfristig vor dem Verhandlungstermin Anfang 2019 ebenfalls eine Zurücknahme, vermutlich jeweils nach einer für den Prozessgegner günstigen vergleichsweisen Einigung.[11] Dies legt den Eindruck nahe, dass es einer gezielten Prozessstrategie der VW AG entspricht, negative – oder überhaupt – Berufungsurteile und erst recht eine ungünstige Grundsatzentscheidung des BGH durch ein für den jeweiligen Prozessgegner günstiges außergerichtliches[12] Vergleichsangebot zu verhindern, das diesen zugleich verpflichtet, Stillschweigen über den Inhalt dieser Einigung zu bewahren.[13]

II. Vergleichbare Prozessstrategien in der Vergangenheit und gesetzgeberische Abhilfe im Jahre 2014

Auch unabhängig von den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen wurde und wird moniert, dass insbesondere Banken, Versicherungen und Energiekonzerne in der Praxis immer wieder eine Zurücknahme der Revision bzw. – in der Rolle des Revisionsbeklagten – ein Anerkenntnisurteil allem Anschein nach nur deshalb veranlassen, um eine ihnen ungünstige höchstrichterliche Leitentscheidung zu verhindern.[14]

---

[10] Vgl. die einschlägigen Medienberichte https://www.tagesschau.de/wirtschaft/vw-diesel-klagen-101.html; https://edition.faz.net/faz-edition/unternehmen/2019-05-10/9a985448b8202808ccd63ebfd102169f/?GEPC=s5; https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/abgas-skandal-diesel-verfahren-gerichte-updates-illegale-autos/utm_medium=email&utm_source=WKDE_LEG_NSL_LTO_Daily_EM&utm_campaign/; https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/klagen-im-dieselskandal-worauf-man-sich-bei-einem-vergleich-mit-vw-einlaesst/21194306.html.

[11] Vgl. die Pressemitteilungen des BGH Nr. 181/2018 vom 11.12.2018 zur Aufhebung des Verhandlungstermins vom 8.1.2019 im Verfahren VIII ZR 78/18 und Nr. 22/2019 vom 22.2.2019 zur Aufhebung des Verhandlungstermins vom 27.2.2019 im Verfahren VIII ZR 225/17, abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0181/18 bzw. unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0022/19; s. dazu auch https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/warten-auf-karlsruhe-diesel-grundsatz-urteile-ruecken-naeher.

[12] Da die prozessuale Erledigung formal meist durch Klage- bzw. Rechtsmittelzurücknahme erfolgt, kommt es dann auch nicht zu der Protokollierung des Vergleiches gem. § 278 Abs. 6 ZPO, so dass für das Gericht auch nicht erkennbar wird, mit welchem Inhalt sich die Parteien geeinigt haben.

[13] S. nur Bruns, NJW 2019, 2211, 2213, der mutmaßt, dass die Kläger durch „Überkompensation" zur Klagerücknahme bewegt werden; s. auch Heese, NZV 2019, 273 ff., 275, der von einem „vergleichsweisen Freikauf" spricht; Merkt, WuB 2019, 308, der eine „aus der Sicht der VW AG zwar nachvollziehbare, aber aus Verbrauchersicht doch ärgerliche Taktik" konstatiert; vgl. ferner Jahn, Editorial NJW-aktuell 41/2018: „Der Wolfsburger Autobauer verhindert systematisch Urteile zu seinen Ungunsten"; Arnold, JuS 2019, 490, der „großzügige Vergleichsangebote" vermutet.

[14] S. Hirsch, NJW-Editorial Heft 18/2012; ders., VersR 2012, 929 ff.; Bräutigam, AnwBl 2012, 533; Seiffert, r+s 2010, 177, 178; Brömmelmeyer, VersR 2019, 909, 915; Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 9; einen entsprechenden Befund gibt auch BT-Drs. 17/13948, S. 35, wieder.

Der Gesetzgeber hat sich der Problematik bereits einmal angenommen und mit Geltung seit dem 1.1.2014[15] erstens § 565 S. 2 ZPO geschaffen, wonach die Revision nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Revisionsbeklagten zur Hauptsache ohne Einwilligung des Revisionsbeklagten zurückgenommen werden kann und zweitens § 555 ZPO um einen dritten Absatz ergänzt, wonach ein ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe auskommendes[16] Anerkenntnisurteil im Revisionsverfahren nur auf gesonderten Antrag des Klägers ergeht[17]. Beide Änderungen sorgen dafür, dass es einer Partei im Revisionsverfahren erschwert wird, durch Zurücknahme oder Anerkenntnis ein mit Gründen versehenes streitiges Revisionsurteil zu vermeiden.[18]

Sie vermögen aber, wie die aktuellen Diesel-Kfz-Abgas-Fälle illustrieren, nicht zu verhindern, dass eine Partei, die einem Grundsatzurteil entgehen möchte, dem Gegner die Zustimmung zur Zurücknahme der Revision bzw. dessen Recht zur Revisionsrücknahme oder schließlich dessen Recht, trotz Anerkenntnis‘ der anderen Seite auf einem streitigen Urteil zu bestehen, durch ein günstiges Vergleichsangebot gleichsam „abkauft[19]“. M.a.W.: §§ 555, 565 ZPO n.F. machen es zwar teurer für eine Prozesspartei, ein ihr ungünstiges streitiges Revisionsurteil zu verhindern, meist aber nicht unmöglich.[20] Davon abgesehen ist es im Berufungsverfahren weiterhin möglich, durch einseitige Zurücknahme der Berufung[21] bzw. Anerkenntnis[22] ein begründetes streitiges Urteil zu verhindern.

---

[15] S. Art. 1 Nr. 18 und 19 des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten v. 10.10.2013, BGBl. 2013 I, 3786, 3788.

[16] Vgl. § 313b Abs. 1 S. 1 ZPO.

[17] Hingegen enthält der durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) v. 27.7.2001, in Kraft getreten am 1.1.2002, neu gefasste § 307 ZPO kein solches Antragserfordernis mehr. Auch davor hatte die Rechtsprechung allerdings angenommen, der in § 307 ZPO a.F. erwähnte Antrag sei „derselbe, nur noch einmal wiederholte Antrag, wie der ursprüngliche Klageantrag“ und dementsprechend ein Wahlrecht des Klägers, „ein Urteil dem Anerkenntnis gemäß zu beantragen oder ein streitmäßiges Urteil über die Wahrheit der tatsächlichen Klagebehauptungen und die rechtliche Begründetheit des daraus hergeleiteten Klageanspruchs zu verlangen“, verneint, s. BGHZ 10, 333, zit. nach juris Rn. 17 f.; s. dazu auch Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 4 f. m.w.Nachw.

[18] Zu dieser Zielsetzung und dazu, dass damit für die Revisionsinstanz die bis Ende 2001 für Berufung und Revision geltende Rechtslage wieder eingeführt wurde, BT-Drs. 17/13948, S. 35; die Wiederherstellung der alten Rechtslage hinsichtlich eines Ausschlusses einer einseitigen Revisionsrücknahme hatte zuvor etwa Rinkler, NJW 2002, 2449, 2450 gefordert; dazu auch Hirsch, VersR 2012, 929, 931; die neue Regelung grds. begrüßend Fuchs, JZ 2013, 990 ff.; für Beschränkung des Erfordernisses eines gesonderten Antrags in § 555 Abs. 3 ZPO auf den Zeitraum nach Verhandlungsbeginn Winter, NJW 2014, 267, 268 f.; abw. BGH, Urt. v. 14.8.2019 – IV ZR 279/17, zit. nach juris Rn. 8 ff.

[19] So auch die Formulierung von Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, 283.

[20] Dass die „kleine Reform“ nichts geändert habe an der „Unsitte ganzer Wirtschaftsbranchen, systematisch eine für sie ungünstige Rechtslage – und damit Rechtssicherheit – zu vereiteln“, konstatiert Jahn, Editorial NJW-aktuell 41/2018; zur begrenzten Reichweite der Reform auch bereits Fuchs, JZ 2013, 990, 993 f.; Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 24 m.w.Nachw.

[21] S. § 516 Abs. 1 ZPO.

III. Geltende Rechtslage unbefriedigend

Der Prozesstaktik einer aktiven Vermeidung einer ungünstigen Grundsatzentscheidung insbesondere durch ein günstiges Vergleichsangebot kann damit *de lege lata* verfahrensrechtlich in den meisten Fällen nicht wirksam begegnet werden. Insbesondere kann sie einer Prozesspartei im Grundsatz so wenig wie das Akzeptieren eines solchen Vergleichsangebots als rechtsmissbräuchlich vorgeworfen werden.[23] Vielmehr steht sie im Einklang mit dem, den Zivilprozess maßgeblich bestimmenden und letztlich in der materiellrechtlichen Privatautonomie wurzelnden[24] Grundsatz der Parteiherrschaft (Dispositionsmaxime)[25], ebenso wie mit der in der ZPO explizit angestrebten Förderung einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreits in jeder Lage des Verfahrens.[26]

Dies ändert aber nichts daran, dass die geltende Rechtslage unbefriedigend ist und deshalb reformbedürftig erscheint. Denn wird der Rechtsstreit dem Gericht zu einem Zeitpunkt entzogen, in dem er bereits ganz oder nahezu entscheidungsreif ist, so ist es unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Einsatzes von Justizressourcen misslich, wenn der bis dahin vom Gericht getätigte Aufwand ohne Nutzen für die Rechtspflege bleibt und gar fertige Urteilsentwürfe in den Papierkorb wandern. Gerade beim Revisionsverfahren vor dem BGH ist es aber allgemein üblich, dass die mündliche Verhandlung umfassend durch Voten in der Form vollständiger Urteilsentwürfe vorbereitet wird.[27]

Für die Revision kommt hinzu, dass im Zuge der ZPO-Reform 2002 mit der Abschaffung der Wertrevision und der allgemeinen Einführung der Zulassungsrevision

---

[22] S. §§ 525 S. 1, 307, 540 Abs. 2, 313b Abs. 1 S. 1 ZPO.

[23] So insb. auch Hirsch, VersR 2012, 929, 930, 933:„Die Prozessparteien spielen insoweit nur nach einer Partitur, die der Gesetzgeber komponiert hat“; abw. Bruns, NJW 2019, 2211, 2212 f., der die Frage nach einem “Missbrauch des staatlichen Verfahrens“ aufwirft; abw. auch bereits Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, 276 ff., 283, 482, der die gezielte Verhinderung einer der Partei negativen Grundsatzentscheidung als prozessuale Arglist einordnet und insoweit gar mit einer widerlegbaren Vermutung der Arglist arbeiten möchte; dagegen Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 34 f.

[24] S. nur Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, S. 425; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2014, S. 159 Rn. 340.

[25] Darauf wird auch vielfach hingewiesen, so beispielsweise von Winter, NJW 2014, 267.

[26] S. § 278 Abs. 1 ZPO und diesen Aspekt betonend Hirsch, VersR 2012, 929, 930.

[27] Eindrücklich etwa Seiffert, r+s 2010, 177, 178: „Wir hatten die Probleme auch durch umfangreiche Vorarbeiten und intensive Vorberatungen geklärt und die Ergebnisse schriftlich festgehalten, vorbehaltlich der Erörterung mit den BGH-Anwälten in der mündlichen Verhandlung. Am Erlass eines Urteils wurden wir zu unserem großen Bedauern aber gehindert, weil die Versicherer den Klageanspruch der Versicherungsnehmer anerkannt hatten. […] Die Arbeit war gemacht, die Urteilsentwürfe waren fertig gestellt.“

die Funktion einer Fehlerkontrolle im Interesse der einzelnen Prozesspartei deutlich in den Hintergrund getreten ist gegenüber dem über den Einzelfall hinausweisenden öffentlichen Interesse an der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.[28] Das individuelle Parteiinteresse an der Korrektur eines instanzgerichtlichen Rechtsanwendungsfehlers rechtfertigt dabei nach geltendem Revisionsrecht für sich genommen gerade keine Zulassung der Revision.[29] Die im öffentlichen Interesse liegenden Revisionszwecke Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, Fortbildung des Rechts und Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung werden aber verfehlt, wenn dem Gericht aufgrund entsprechender Parteidisposition die Rechtssache entzogen und es daran gehindert wird, die aufgeworfenen Rechtsfragen zu beantworten.[30] Die Erreichung der im öffentlichen Interesse liegenden Revisionszwecke wird aber auch dann erschwert, wenn entsprechend grundsätzliche Rechtsstreitigkeiten massenhaft schon in der Berufungsinstanz in der vorstehend beschriebenen Weise den Gerichten entzogen werden und es deshalb gar nicht mehr zur einer Revisionseinlegung kommen kann.

Auch wenn sich in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen mit taktischen Zurücknahmen und Vergleichen wohl auf Dauer höchstrichterliche Leitsätze nicht werden verhindern lassen – immerhin sind derzeit offenbar neben drei einschlägigen Revisionen auch 27 Nichtzulassungsbeschwerden beim BGH anhängig[31] –, so bleibt es doch dabei, dass die

[28] Dementsprechend spricht die Begründung des Regierungsentwurfes des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, vgl. BT-Drs. 14/4772, S. 66, zwar von einer doppelten Zwecksetzung und nennt neben „dem öffentlichen allgemeinen Anliegen, das in der Wahrung der Rechtseinheit und der Fortbildung des Rechts besteht“ auch „das Interesse der Parteien an der Beseitigung von Fehlurteilen“, es wird dann aber doch eine klare Priorität hergestellt und die reformierte Revision charakterisiert als „Revision, die sich in erster Linie an den Auswirkungen einer Entscheidung auf die Allgemeinheit orientiert, und damit grundsätzliche Bedeutung voraussetzt“; in diesem Sinne auch Hirsch, VersR 2012, 929, 932; Rinkler, NJW 2002, 2449, 2450, der von einem im Vordergrund stehenden Allgemeininteresse an der Entscheidung grundsätzlicher Rechtsfragen spricht; abw. aber etwa Traut, Der Zugang zur Revision in Zivilsachen, 2006, 60 f., der gerade mit Blick auf die Möglichkeit einer Revisionsrücknahme und die Bindung an die Anträge der Parteien nach § 557 ZPO einen generellen Vorrang allgemeiner Interessen ablehnt und für das der Zulassung nachfolgende Revisionsverfahren gar „ein deutliches Übergewicht des Individualinteresses“ annimmt; vgl. dort auch, S. 51 ff., den Überblick zum Meinungsstand hinsichtlich der Revisionszwecke; mit stärkerer Betonung des individuellen Parteiinteresses auch Pfeiffer, NJW 1999, 2617 ff.
[29] S. nur MünchKommZPO/Krüger, 5. Aufl. 2016, § 543 Rn. 3: „Das individuelle Interesse an einer Einzelfallentscheidung ist nur in dem Maße geschützt, in dem die Inanspruchnahme des Revisionsgerichts auch im Interesse der Allgemeinheit liegt.“ Allerdings konnte auch nach § 554b BGB a.F. der BGH die Annahme einer Wertrevision mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen ablehnen, wenn die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hatte.
[30] Deutlich Hirsch, VersR 2012, 929, 932: „Das Revisionsgericht kann seine Rechtsschutzfunktion gegenüber der Allgemeinheit nicht mehr erfüllen, wenn ihm der Fall vor der Entscheidung durch eine Partei aus der Hand genommen wird.“ Vgl. auch Rinkler, NJW 2002, 2449, 2450, der erweiterte Rücknahme- und Verzichtsmöglichkeiten im Revisionsverfahren für „systemwidrig“ hält.
[31] S. dazu https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/warten-auf-karlsruhe-diesel-grundsatz-urteile-ruecken-naeher; s. auch die Pressemeldungen zu jüngsten einschlägigen Vorlagen an den EuGH durch das LG Gera, Beschl. v. 30.08.2019 –

Klärung von Grundsatzfragen allem Anschein nach erheblich verzögert wird und damit für die betroffenen Käufer und die befassten Instanzgerichte u.U. sehr viel länger als nötig Rechtsunsicherheit herrscht.

Schließlich sind die beschriebenen Prozesstaktiken aber auch insofern zu beklagen, als sie die Gefahr eines inhaltlich schiefen Gesamtbildes der Rechtsprechung der Berufungsgerichte bergen.[32] Denn unterstellt man etwa eine Situation, in der ein in Tausenden von Einzelprozessen verklagter Anspruchsgegner sich ganz systematisch immer dann von einem streitigen Berufungsurteil „freizukaufen" versucht, wenn sich ein für ihn nachteiliger Prozessausgang abzeichnet, und dass dies meist gelingt, während auf der anderen Seite jeweils unterschiedliche einzelne Verbraucher als Anspruchsteller stehen, die erstens nicht einheitlich prozesstaktisch agieren (können), die zweitens regelmäßig kein über den Streitwert des Prozesses hinausreichendes Interesse haben dürften, ein ihnen ungünstiges Berufungsurteil zu verhindern und die schließlich kaum jemals über die finanziellen Mittel verfügen dürften, dem Anspruchsgegner sein Recht auf ein ihm günstiges Berufungsurteil „abzukaufen", dann droht die Gefahr, dass es zum Erlass streitiger Berufungsurteile überwiegend dann kommt, wenn das Berufungsgericht eine zugunsten des Anspruchsgegners ausfallende Entscheidung in Aussicht stellt, weil es in dieser Konstellation dann seltener Zurücknahmen bzw. vergleichsweise Einigungen gibt als im umgekehrten Fall sich abzeichnender klägergünstiger Urteile. Es droht also ein verzerrter Gesamtbefund der Berufungsrechtsprechung, der die Beurteilung der Rechtslage durch sämtliche befassten Berufungsgerichte unvollständig wiedergibt, weil mutmaßlich klägergünstige Urteile häufiger prozesstaktisch abgewendet werden als beklagtenfreundliche und deshalb jene unterrepräsentiert sind.[33]

7 O 1188/18, dazu https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-gera-7-o-1188-18-diesel-skandal-vorlage-eugh-unzulaessige-abschalteinrichtung-schutzzweck-uebereinstimmungsbescheinigung/
und durch das LG Frankenthal, Beschl. v. 02.09.2019, – Az. 2 O 13/19, dazu https://lgft.justiz.rlp.de/de/startseite/detail/news/News/detail/landgericht-frankenthal-legt-dem-europaeischen-gerichtshof-verfahren-im-sog-dieselskandal-zur-ents/.

[32] Allerdings liegt speziell in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen der Eindruck nahe, dass die VW AG mittlerweile versucht, Berufungsentscheidungen generell abzuwenden, so dass die betreffenden Rechtsstreitigkeiten nicht – auch nicht auf Initiative des jeweiligen Klägers – in die dritte Instanz gelangen können.

[33] Unter Umständen könnte diese Verzerrung gar so weit reichen, dass es zu divergierenden Berufungsentscheidungen gar nicht kommt und deshalb eine Revision an den BGH unterbleibt.

IV. Maßgeblicher rechtlicher Rahmen für eine gesetzliche Korrektur

Vor dem Hintergrund dieser Problemlage werden nachfolgend Reformoptionen diskutiert und Reformvorschläge unterbreitet, wobei insbesondere geprüft wird, inwieweit dem Berufungs- und dem Revisionsgericht im Zivilprozess unabhängig von einer Klage- oder Rechtsmittelzurücknahme die Möglichkeit einer Entscheidung eingeräumt werden kann, insbesondere wenn ungeklärte Rechtsfragen eine Vielzahl von Fällen betreffen oder aus sonstigen Gründen die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat bzw. eine Entscheidung für die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und auch im Hinblick auf bereits eingesetzte Justizressourcen geboten erscheint.

Dabei ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, wie dem Spannungsverhältnis zwischen dem den Zivilprozess beherrschenden Grundsatz der Parteiherrschaft (Dispositionsmaxime) einerseits und den mit Berufung und Revision verfolgten öffentlichen Interessen andererseits durch eine ausgewogene, die zivilprozessuale Systemgerechtigkeit wahrende Lösung angemessen Rechnung getragen werden kann.

B. Reformoptionen und Reformvorschläge

I. Vorbemerkung: Ausweitung des kollektiven Rechtsschutzes dringend geboten

Auch wenn es vorliegend allein um die punktuelle Prüfung einer im öffentlichen Interesse liegenden Erweiterung revisions- und berufungsrichterlicher Entscheidungsbefugnisse in Konstellationen prozesstaktischer Verhinderung von Grundsatzentscheidungen geht, so ist doch klarzustellen, dass die Problematik sich zu einem erheblichen Anteil einem allgemeinen und grundsätzlichen Defizit des deutschen Zivilprozessrechts verdankt, das gerade in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen deutlich zu Tage tritt: Im Gegensatz zu vielen anderen, auch europäischen Staaten gibt es in Deutschland noch immer kein Kollektivklageverfahren im Sinne einer Gruppen- oder Sammelklage, das es einer Vielzahl gleichartig Geschädigter ermöglichen würde, den jeweiligen Schädiger durch einen Repräsentanten der Gruppe in einem einzigen Zivilprozess auf Zahlung in Anspruch zu nehmen.[34] Ein echtes, auf Leistung gehendes

[34] Näher zum Stand des kollektiven Rechtsschutzes in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union der Bericht der Europäischen Kommission über die Umsetzung der Empfehlung der Kommission vom 11.6.2013 über gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten vom 25.1.2018, COM(2018) 40 final, unter 2.1.1 S. 3 ff. und die im Auftrag des Europäischen Parlaments erstellte Studie „Collective Redress in the Member States of the European Union“ aus dem Jahre 2018, abrufbar unter:

Kollektivklageverfahren würde Zigtausende von Einzelprozessen, wie wir sie derzeit als Diesel-Kfz-Abgas-Klagen erleben, erübrigen und im Interesse der Geschädigten, aber auch zur Schonung von Justizressourcen, eine gebündelte Rechtsdurchsetzung ermöglichen. Damit entfiele aufgrund der Bündelung nicht nur die durch eine Vielzahl, teilweise stark divergierender Instanzurteile verursachte Rechtsunsicherheit, sondern auch die Möglichkeit, sich von einer höchstrichterlichen Grundsatzentscheidung durch großzügige Vergleichsangebote gegenüber einzelnen „freizukaufen".[35]

Vorschläge, wie ein solches Verfahren auszusehen hätte, liegen seit Jahren auf dem Tisch und brauchen vorliegend nicht neu entwickelt zu werden. Insbesondere sei auf die Beschlüsse der verfahrensrechtlichen Abteilung des 72. Deutschen Juristentages 2018 in Leipzig[36] sowie auf das vorausgegangene Gutachten von *Caroline Meller-Hannich*[37] verwiesen, welche die Einführung einer solchen, ein Leistungsurteil ermöglichenden Gruppenklage[38] empfehlen.

Die Einführung der zivilprozessualen Musterfeststellungsklage im November 2018[39] hat an den unzureichenden Kollektivklagemöglichkeiten im deutschen Zivilprozess insofern nichts geändert, als sie in ihrem Klageziel auf Feststellung begrenzt ist[40], den Geschädigten selbst im Erfolgsfall also keinen Leistungstitel verschafft, sondern jeder einzelne Geschädigte anschließend gegebenenfalls individuell auf Zahlung klagen muss. Dies erklärt, warum – zumindest rechtsschutzversicherte Kfz-Käufer – trotz der

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf; ferner Hodges/Voet, Delivering Collective Redress, 2018, 44 ff.

[35] Zwar hätte der Anspruchsgegner gerade unter dem Damoklesschwert einer drohenden Verurteilung zur Zahlung an sämtliche, durch die Gruppenklage repräsentierten Geschädigten, allen Anlass, sich auf einem Gruppenvergleich einzulassen. Damit würde aber eine – vielfach auch aus Sicht der Schädiger gegenüber einer Fülle an Einzelverfahren vorzugswürdige – Gesamtbereinigung des jeweiligen Schadensereignisses erreicht und mithin die Notwendigkeit für eine Klärung der durch dieses Schadensereignis aufgeworfenen spezifischen Rechtsfragen typischerweise gerade entfallen, sodass das weitere Ausbleiben einer revisionsgerichtlichen Klärung hinnehmbar wäre.

[36] S. https://www.djt.de/fileadmin/downloads/72/Beschluesse_gesamt_final.pdf.

[37] S. Meller-Hannich, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018, Band I: Gutachten A: Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?

[38] S. auch bereits den Gesetzesvorschlag von Micklitz/Stadler, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005, 1419, 1432 ff.; zu den wiederholten Bemühungen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Schaffung eines entsprechenden Gruppeklageverfahrens s. zuletzt Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Gruppenverfahren v. 12.12.2017, BT-Drs. 19/243; s. ferner zum Ganzen Stadler, ZfPW 2015, 61, 80 ff.; und in knappen Worten Gsell/Meller-Hannich/Stadler, NJW-aktuell 2016, 14 f.

[39] S. das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage v. 12.7.2018, BGBl. 2018 I, 1151 ff. Weiterreichend aber der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG vom 11.4.2018 COM (2018) 184 final.

[40] S. § 606 Abs.1 S. 1 ZPO.

Musterfeststellungsklage gegen die VW AG weiterhin zu Tausenden individuell klagen[41] und damit Anreize für den Anspruchsgegner fortbestehen, in diesen Einzelverfahren höchstrichterliche Grundsatzentscheidungen zu verhindern.

Immerhin bietet die Musterfeststellungsklage aber die Chance, eine höchstrichterliche Grundsatzentscheidung zu erwirken, ohne dass der Anspruchsgegner in diesem Verfahren Gelegenheit erhält, sich durch prozesstaktische Vergleichsangebote gegenüber einzelnen Geschädigten von einer streitigen Endentscheidung „freizukaufen". Denn die klageberechtigten Verbraucherverbände[42] werden sich nur auf Gruppenvergleiche[43] einlassen, die eine Einigung mit allen angemeldeten Verbrauchern enthalten. Insofern sei der Hinweis erlaubt, dass die Diesel-Kfz-Abgas-Fälle möglicherweise ein doch in zeitlicher Hinsicht verzerrtes Bild auf das Potenzial der Musterfeststellungsklage werfen, eine Klärung von Grundsatzfragen herbeizuführen. Denn unterstellt man, dieses Instrument wäre nicht erst im November 2018 eingeführt worden, sondern hätte bereits 2015 existiert und funktioniert, so darf vermutet werden, dass es in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen bereits mindestens zwei bis zweieinhalb Jahre früher zur Erhebung einer solchen Musterfeststellungsklage gekommen wäre mit der Aussicht auf eine entsprechend frühere höchstrichterliche Klärung der einschlägigen Rechtsfragen.

Allerdings fehlen bislang praktische Erfahrungen, wie rasch die immerhin um eine Instanz verkürzte[44] Musterfeststellungsverfahren tatsächlich zu einem Abschluss gebracht werden können[45] und besteht doch ein nicht unerhebliches Risiko, dass die Verfahren im ersten Zugriff länger dauern werden als erhofft und eine gesetzliche Nachsteuerung des Verfahrensablaufes zur Verfahrensbeschleunigung erforderlich wird. Außerdem erscheint unwahrscheinlich, dass die klageberechtigten

[41] So hat etwa der Rechtsdienstleister „myright" (s. dazu bereits vor und mit Fn. 8 und 9) die Käufer von Diesel-Kfz auf seiner website unter Hinweis auf das bloße Feststellungsziel der Musterfeststellungsklage aufgefordert, sich vom Musterfeststellungsverfahren gegen die VW AG abzumelden und eine auf Leistung gehende Individualklage anzustrengen, s. https://www.myright.de/?cid=1057603581&gclid=EAIaIQobChMIgvXQ7qGw5AIViud3Ch38vwEPEAAYASAAEgKDyPD_BwE.

[42] S. § 606 Abs. 1 ZPO.

[43] S. § 611 ZPO und dazu, dass eine solche Gesamtbereinigung von Schadensereignissen gerade sinnvoll ist, bereits Fn. 35.

[44] S. § 614 ZPO.

[45] Die insoweit sehr ernüchternden praktischen Erfahrungen mit dem Kapitalanleger-Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgestez (KapMuG) sind aber nicht ohne weiteres übertragbar, weil die zivilprozessuale Musterfeststellungsklage anders als das Kapitalanleger-Musterverfahren, s. § 9 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 KapMuG, auf jede Beteiligung der angemeldeten Verbraucher verzichtet, s. vor allem § 610 Abs. 6 ZPO, und damit deutlich weniger schwerfällig ausgestaltet ist.

Verbraucherverbände über hinreichende Ressourcen verfügen, solche Musterfeststellungsverfahren stets dann zu führen, wenn dies zur raschen Schaffung von Rechtsklarheit zweckmäßig wäre. Schließlich ist die Musterfeststellungsklage in ihrem Anwendungsbereich eng auf b2c-Konstellationen beschränkt.[46] Zu massenhaft gleich gelagerten Ansprüchen und damit zu prozesstaktischer Verhinderung höchstrichterlicher Leitentscheidungen kann es aber auch jenseits davon und insbesondere im unternehmerischen Geschäftsverkehr kommen, so etwa im Bankrecht[47] und im Kartellrecht.[48]

Es ist deshalb über die nachfolgenden punktuellen und in ihrer Wirkung notwendig recht begrenzten Reformvorschläge hinaus mit Nachdruck zu fordern, wenigstens[49] die Musterfeststellungsklage allgemein für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten zu öffnen und damit einhergehend die subjektive Klageberechtigung über die Verbraucherverbände hinaus auf andere Repräsentanten so auszuweiten, dass Musterfeststellungsverfahren dann auch tatsächlich von hinreichend finanzstarken Akteuren effektiv im Interesse aller registrierten Anspruchsteller (und der Allgemeinheit) betrieben würden.[50] Eine in Bezug auf einzelne Anspruchsteller „unbestechliche“ Klagepartei zu schaffen, die in einem funktionierenden Kollektivverfahren die maßgeblichen Rechtsfragen effektiv klären lassen kann, wäre jedenfalls in Konstellationen von Massenschäden gewiss der vielversprechendste Weg, dem prozesstaktischen „Freikauf“ im Individualprozess die praktische Relevanz zu nehmen und damit ein Ende zu bereiten.[51]

---

[46] S. § 606 Abs. 1 ZPO.
[47] S. dazu bereits oben unter A.II.
[48] Vgl. nur die erfolglose Zementkartell-„Sammelklage“ der Cartel Damage Claims, die aufgrund unzureichender Finanzausstattung der Gesellschaft gescheitert war, weil das OLG Düsseldorf darauf eine Sittenwidrigkeit der Abtretungen stützte, OLG Düsseldorf JZ 2015, 726 zit. nach juris Rn. 66, dazu Stadler, JZ 2014, 613 ff.; Armbrüster, JZ 2015, 733 ff.
[49] Allerdings bleibt es dabei, dass weitergehend ein auf Leistung gehendes Kollektivklageverfahren eingeführt werden sollte, s. bereits vor und mit Fn. 36 bis 38.
[50] Auch insoweit sei nochmals auf die Beschlüsse der verfahrensrechtlichen Abteilung des 72. Deutschen Juristentages 2018 in Leipzig verwiesen, s. https://www.djt.de/fileadmin/downloads/72/Beschluesse_gesamt_final.pdf, die gemäß Ziffer 5 b) mehrheitlich empfehlen, neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes auch Industrie-und Handelskammern sowie Handwerkskammern und rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, ferner Verbrauchern und anspruchsberechtigten Unternehmen selbst und schließlich registrierten Rechtsdienstleistern, die anwaltlich vertreten werden, zur Verfügung zu stellen.
[51] Wäre es beispielsweise auch anwaltlich vertretenen Rechtsdienstleistern erlaubt (s. dazu bereits die vorhergehenden Fn.), eine Musterfeststellungsklage zu führen, so stünde zu erwarten, dass davon jedenfalls bei Massenschäden mit einer (auch) für den einzelnen beträchtlichen Schadenshöhe, Gebrauch gemacht und eine höchstrichterliche Klärung grundsätzlicher Fragen rasch herbeigeführt würde. Zugleich wäre bei einer Kombination einer solchen Musterfeststellungsklage mit der Ankündigung einer anschließenden gebündelten Leistungsklage auf

II. Gesetzliche Klarstellung zur Veröffentlichung (auch) verfahrensleitender Hinweisbeschlüsse und Verfügungen

1. Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen vielfach rechtlich geboten

In den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen ist zu beobachten, dass es trotz Zurücknahme des Rechtsmittels zur Veröffentlichung rechtlicher Stellungnahmen der zuständigen Rechtsmittelgerichte kommt und zwar in Gestalt von Hinweisbeschlüssen und Verfügungen.[52] Insbesondere hat der Bundesgerichtshof[53] in einem Verfahren, in dem die Revision zurückgenommen wurde, einen zuvor – ganz gegen die übliche Praxis[54] – erlassenen Hinweisbeschluss anschließend veröffentlicht. Dies hat vereinzelt Kritik erfahren.[55]

Allerdings ist, auch wenn dies gesetzlich bislang im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) keine ausdrückliche Regelung erfahren hat, anerkannt, dass die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen in anonymisierter Form eine öffentliche Aufgabe der Gerichte ist, die sich verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und dem Grundsatz der Gewaltenteilung ableitet: Dies haben Bundesverfassungsgericht[56] und Bundesverwaltungsgericht[57], aber auch der Bundesgerichtshof[58] bereits

---

der Grundlage zigtausendfacher Abtretungen von Ansprüchen, wie sie in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen gegenüber „myright“ erfolgt ist, s. dazu bereits vor und mit Fn. 8 und 9, der Anreiz für den Anspruchsgegner, sich auf eine frühe Gesamtschadensbereinigung im Wege des Vergleichs zugunsten sämtlicher Geschädigter einzulassen, die eine weitere gerichtliche Auseinandersetzung entbehrlich machen würde, wohl erheblich größer als aktuell, s. zu diesem Aspekt auch bereits Fn. 35 und 43.

[52] Dazu im einzelnen Heese, NZV 2019, 273, 275 m.Nachw.

[53] S. BGH, Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133, dazu Arnold, JuS 2019, 490 ff.; Diehl, zfs 2019, 327 f.; Gsell, EWiR 2019, 429 f.; Hirtz, AnwBl 2019, 337; Merkt, WuB 2019, 308; Riedel, NJW-aktuell 13/2019, Editorial; Riehm , ZIP 2019, 589 ff.; s. ferner etwa folgende einschlägige ober- und instanzgerichtliche Hinweisbeschlüsse und Verfügungen OLG Karlsruhe, Beschl. v. 5.3.2019 – 13 U 142/18, zit. nach juris; OLG München, Verfügung v. 29.1.2019 – 8 U 3066/18 zit. nach juris; OLG Köln, Beschl. v. 16.7.2018 – 27 U 10/18, zit. nach juris; LG Erfurt, Beschl. v. 25.3.2019 – 8 O 1045/18, zit. nach juris; LG Oldenburg, Beschl. v. 19.3.2019, v. 20.6.2019 und vom 18.7.2019 – 6 O 1791/18, zit. nach juris; LG Oldenburg, Beschl. v. 8.7.2019 – 6 O 3426/19, zit. nach juris.

[54] S. nur Riehm, ZIP 2019, 589: „prozessuale Rarität“.

[55] Kritisch in Bezug auf BGH, Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Riedel, NJW-aktuell 13/2019, Editorial, der aber letztlich aus Gründen der Transparenz eine Veröffentlichung doch für legitim hält; gegen diese Kritik Diehl, zfs 2019, 327; vgl. auch Hirtz, AnwBl 2019, 337, der zwar an sich konstatiert, dass Hinweisbeschlüsse auch des BGH veröffentlicht werden dürften, gleichwohl aber „eine gewisse Irritation“ äußert und anmahnt, dass eine betreffende Praxis die Ausnahme bleiben sollte.

[56] S. BVerfG, Beschl. v. 14.9.2015 – 1 BvR 857/15, NJW 2015, 3708, zit. nach juris Rn. 20 f., wo von der „grundsätzlichen Öffentlichkeit“ von Gerichtsentscheidungen die Rede ist.

[57] Grdl. BVerwG, Urt. v. 26.2.1997 – 6 C 3/96, BVerwGE 104, 105 zit. nach juris, Rn. 22 ff. und mit dem nachfolgenden ersten Leitsatz:
„Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen ist eine öffentliche Aufgabe. Es handelt sich um eine verfassungsunmittelbare Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt und damit eines jeden Gerichts. Zu veröffentlichen

übereinstimmend ausgesprochen und auch in der zivilprozessualen Literatur[59] wird diese Einschätzung geteilt.[60]

Als wesentliche Voraussetzung für eine Veröffentlichungspflicht im konkreten Fall wird dabei das (mögliche) öffentliche Interesse an der Entscheidung erachtet.[61] Hingegen ist der Umstand, ob es sich um eine prozessbeendende oder der Rechtskraft fähige oder öffentlich verkündete Entscheidung handelt, nicht primär maßgeblich.[62]

Angesichts der großen Anzahl ähnlich gelagerter Fälle kann in den Diesel-Kfz-Abgas-Fällen ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen der Rechtsmittelgerichte mit Rechtsausführungen zu Rechtsstreitigkeiten, in denen es aufgrund einer Zurücknahme nicht mehr zu einem Berufungs- oder Revisionsurteil kommt, kaum verneint werden.[63]

2. Regelungsvorschlag

Vorgeschlagen wird vor diesem Hintergrund, in das GVG folgende klarstellende Regelung aufzunehmen:

> ***§ 173 Abs. 3 GVG***
>
> *Das Gericht veranlasst die Veröffentlichung von End- und gegebenenfalls auch von Zwischenentscheidungen, verfahrensleitenden Beschlüssen und Verfügungen in anonymisierter Form, soweit ein Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung angenommen werden kann.*

---

sind alle Entscheidungen, an deren Veröffentlichung die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann. Veröffentlichungswürdige Entscheidungen sind durch Anonymisierung bzw. Neutralisierung für die Herausgabe an die Öffentlichkeit vorzubereiten."

[58] S. BGH, Beschl. v. 5.4.2017 – IV AR (VZ) 2/16, NJW 2017, 1819, zit. nach juris Rn. 16 mit Blick auf die von Dritten beantragte Übersendung einer anonymisierten Kopie eines bislang unveröffentlichten zivilprozessualen Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO, in dessen Folge die Berufung zurückgenommen worden war.

[59] Vgl. nur Zöller/Greger, ZPO, § 299a Rn. 7; BeckOK ZPO/Bacher, 33. Edition, Std. 1.7.2019, § 299 Rn. 52.

[60] Obwohl die Gerichte nach der Rechtsprechung die Publikation als solche nicht selbst vornehmen müssen, sondern sich dabei auch die Privatinitiative Dritter sowie der im Gericht tätigen Richter zunutze machen dürfen, s. BVerwG, Urt. v. 26.2.1997 – 6 C 3/96, BVerwGE 104, 105 zit. nach juris, Leitsatz 2 und Rn. 31, so erscheint doch die gängige Praxis, nach der insbesondere die instanzgerichtliche Rechtsprechung vor allem über Datenbanken und Zeitschriften zugänglich gemacht wird, die kostenpflichtig sind, mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Rang des Veröffentlichungsgebotes nicht unbedenklich, ganz davon abgesehen, dass auf diese Weise eine rechtsvergleichende Orientierung an der deutschen Rechtspraxis durch ausländische Gerichte erschwert wird.

[61] S. BVerwG, Urt. v. 26.2.1997 – 6 C 3/96, BVerwGE 104, 105 zit. nach juris, Leitsatz 1 und Rn. 22, 27.

[62] S. BGH, Beschl. v. 5.4.2017 – IV AR (VZ) 2/16, NJW 2017, 1819, zit. nach juris Rn. 17 m.w.Nachw.; gegen eine Beschränkung der Veröffentlichungspflicht auf rechtskräftige Entscheidungen auch BVerfG, Bechl. v. 14.9.2015 – 1 BvR 857/15, NJW 2015, 3708, zit. nach juris Rn. 20.

[63] Das erhebliche öffentliche Interesse wird nicht zuletzt durch die vielen Reaktionen auf entsprechende Veröffentlichungen und insbesondere die Stellungnahmen zu BGH, Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 belegt, s. die Nachw. in Fn. 53.

3. Begründung

Mit Blick auf die teilweise geäußerte Kritik an der Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen trotz Zurücknahme des entsprechenden Rechtsmittels[64], sollte gesetzlich klargestellt werden, dass es sogar rechtlich geboten ist, eine solche Veröffentlichung in anonymisierter Form zu veranlassen, soweit die Öffentlichkeit an der Veröffentlichung ein Interesse hat oder haben kann. Auf diese Weise soll die für die Rechtssicherheit und die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsprechung wichtige Transparenz vor allem der Instanzrechtsprechung verstärkt werden und zugleich deutlich gemacht werden, dass nicht allein an der Zugänglichkeit von Endentscheidungen ein öffentliches Interesse bestehen kann.[65] Gerade mit Blick auf die Situation einer strategischen Zurücknahme von Berufungen scheint dies besonders wichtig. Erinnert sei an die Gefahr eines verzerrten Gesamtbildes der Berufungsrechtsprechung, wenn es in Tausenden ähnlich gelagerter Verfahren einseitig nur dann zu einer Zurücknahme bzw. vergleichsweisen Einigung kommt, sofern sich eine dem Anspruchsgegner ungünstige Entscheidung abzeichnet.[66] Hier kann die Veröffentlichung insbesondere von – in Berufungsverfahren durchaus üblichen – Hinweisbeschlüssen dazu dienen, das einseitige Gesamtbild ein Stück weit zu korrigieren und der Öffentlichkeit auch die Rechtsauffassung derjenigen Berufungsgerichte zu Gehör zu bringen, die aufgrund entgegenstehender Parteidisposition kein entsprechendes Urteil erlassen haben.

In Bezug auf das zivilprozessuale Revisionsverfahren wird man sich hingegen von einer solchen Klarstellung nicht zu viel versprechen dürfen. Denn in der Revisionsinstanz ist der Dialog zwischen den Parteien und dem Bundesgerichtshof stark auf die mündliche Verhandlung konzentriert und dementsprechend stellt es anders als in der berufungsgerichtlichen Praxis eine seltene Ausnahme dar, dass der Bundesgerichtshof vor der mündlichen Verhandlung Hinweisbeschlüsse erlässt.[67]

---

[64] S. die Nachw. in Fn. 55.

[65] Sieht man von der vorliegend interessierenden Konstellation einer strategischen Verhinderung einer begründeten Endentscheidung ab sowie von anderen Sonderfällen wie namentlich dem Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO, so wird allerdings das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung verfahrensleitender Hinweisbeschlüsse und Verfügungen generell typischweise deutlich geringer einzuschätzen sein als dasjenige an der Zugänglichmachung von Endentscheidungen. Denn vielfach sind Hinweisverfügungen aus sich heraus ohne Hinzuziehung des jeweiligen Akteninhalts nur schwer verständlich bzw. gehen inhaltlich vollständig in der umfassend begründeten Endentscheidung auf.

[66] S. dazu oben unter A. III.

[67] S. auch bereits vor und mit Fn. 54; Hinweisbeschlüsse werden hingegen im Verfahren gem. § 552a i.V.m. § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO.

III. Stärkere Beschränkungen der Parteidisposition über die angefochtene Entscheidung nicht empfehlenswert, weil überschießend

1. Stärkere Beschränkung der Zurücknahme

Ein zumindest in gewissem Umfang wirksames Mittel, zu verhindern, dass das Revisionsgericht an einer bereits mit viel Aufwand vorbereiteten Grundsatzentscheidung gehindert wird, weil ihm die Rechtssache von den Parteien entzogen wird, bestünde darin, Zurücknahmen von Revisionen im Interesse der öffentlichen Rechtsmittelzwecke weiter gesetzlich einzuschränken.[68] So könnte man etwa daran denken, eine Zurücknahme der Revision künftig nur noch bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache zuzulassen. Entsprechendes könnte man für Berufungsgerichte erwägen.

Allerdings legen die beiden Diesel-Kfz-Abgas-Revisionsrücknahmen zu Beginn des Jahres, die jeweils vor der mündlichen Verhandlung erfolgten[69] die Vermutung nahe, dass prozesstaktisch agierende Prozessparteien ihre Bemühungen dann u.U. auf eine noch frühere Zurücknahme richten bzw., wenn man noch weiter gehen und eine Zurücknahme der Revision überhaupt gesetzlich ausschließen würde, bereits im Berufungsverfahren entsprechend taktisch handeln und, wenn man auch hier die Zurücknahme weiter begrenzen würde, dann eben ihre Vergleichsbemühungen in der ersten Instanz verstärken würden.

Gleichwohl wäre die prozessstrategische Vermeidung von Grundsatzurteilen gegenüber der geltenden Rechtslage doch immerhin insoweit erschwert, als die vorsichtige Prozesspartei mit der Zurücknahme nicht mehr abwarten könnte bis sich ein ungünstiger Prozessausgang in der Rechtsmittelinstanz abzeichnet, sondern ggf. – je nach Reichweite der gesetzlichen Beschränkung der Zurücknahme von Rechtsmitteln – überhaupt von der Einlegung eines Rechtsmittels Abstand nehmen müsste. Diesen Preis einer Abstandnahme von jeglichem Rechtsmittel wird auch die strategisch agierende Partei nicht immer zahlen wollen, zumal, wenn sie sich *ex ante* gute Chancen ausrechnet, dass eine obergerichtliche oder höchstrichterliche Entscheidung zu ihren Gunsten ausfallen würde.

---

[68] Vgl. https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2019/03/BGH-praesidentin-neue-senate-loesen-ueberlastungsproblem-nicht zu einer dpa-Meldung wonach die Präsidentin des BGH Limperg angeregt habe, eine Regelung zu schaffen, die die Revisionsrücknahme so kurz vor der Verhandlung künftig ausschließt.
[69] S. dazu bereits vor und mit Fn. 11.

Ferner wäre die Gefahr einer Vergeblichkeit erheblicher Aufwendungen der Rechtsmittelgerichte deutlich vermindert, wenn späte Parteidispositionen untersagt wären.

2. Ermächtigung der Gerichte zur Entscheidung über das Rechtsmittel ohne Rücksicht auf entgegenstehende Parteidispositionen

Eine ähnliche, aber noch weitergehende Wirkung würde man erzielen, wenn man – wie vom früheren Präsidenten des BGH *Hirsch* vorgeschlagen – den Bundesgerichtshof als Revisionsgericht ermächtigen würde, „über die zugelassene Revision zu entscheiden, auch wenn die Parteien hieran kein Interesse mehr haben[70]". Die Prozessparteien wären bei einem solchen Ausbau der Revision zur „Revision im Interesse des Rechts[71]" zwar nicht grundsätzlich gehindert, die Revision zurückzunehmen bzw. den Rechtsstreit durch vergleichsweise Einigung zu erledigen. Der BGH hätte aber das Recht, sich im öffentlichen Interesse und namentlich zur Erzielung von Rechtsklarheit in Grundsatzfragen über diese Parteidispositionen hinwegzusetzen, ihnen also die prozessuale Wirkung zu nehmen und dennoch, also unabhängig vom Parteiinteresse, ein Revisionsurteil zu fällen. Entsprechend könnte man die Berufungsgerichte ermächtigen, unabhängig vom Parteiinteresse über die Berufung zu entscheiden.

Für eine gesetzliche Regelung, die ein solches Zurücktreten der individuellen Parteiinteressen hinter den mit dem Rechtsmittel verfolgten öffentlichen Interessen vorsieht, spricht zumindest in Bezug auf die Revision die bereits oben erläuterte[72] starke Betonung dieser öffentlichen Interessen im geltenden Revisionsrecht: Geht es bei der Revision nicht primär um eine im Parteiinteresse liegende Fehlerkontrolle, sondern um die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, dann kann man es für konsequent halten, dass das nachträglich entfallende Parteiinteresse an der Fehlerkontrolle das Revisionsgericht nicht mehr daran hindern kann, diesen im öffentlichen Interesse liegenden Revisionszwecken gleichwohl gerecht zu werden.[73]

---

[70] S. Hirsch, NJW-Editorial Heft 18/2012; ders., VersR 2012, 929 ff.; mit dem Vorschlag sympathisierend Fuchs, JZ 2013, 990, 993 f.
[71] S. Hirsch, NJW-Editorial Heft 18/2012.
[72] S. unter A.III.
[73] Vgl. auch Fuchs, JZ 2013, 990, 993, der es für „schwer verständlich" hält, wenn die öffentlichen Revisionszwecke nach entsprechenden Parteidispositionen in vielen Fällen nicht mehr erreicht werden können.

Hirsch[74] macht weiter geltend, dass eine solche gerichtliche Entscheidung unabhängig vom Parteiinteresse auch kein Fremdkörper in der deutschen Rechtsordnung sei und beruft sich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das ebenfalls auch bei Tod des Beschwerdeführers noch über eine Verfassungsbeschwerde entscheide, insbesondere dann, wenn das Verfahren entscheidungsreif sei, ihm Bedeutung und Präjudizwirkung zukomme und die Interessen zahlreicher Betroffener berührt seien. Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht vereinzelt und namentlich im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die Rechtschreibreform sogar trotz einer Rücknahme noch über die Verfassungsbeschwerde entschieden und dabei explizit angenommen, dass „die Funktion der Verfassungsbeschwerde, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen […], gegenüber dem Interesse des Beschwerdeführers an verfassungsgerichtlichen Individualrechtsschutz derart im Vordergrund“ stehen könne, „dass es geboten ist, im öffentlichen Interesse trotz der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde zur Sache zu entscheiden und den Ausgang des Verfahrens nicht von Verfahrenshandlungen des Beschwerdeführers abhängig zu machen“.[75]

3. Kritik: Im öffentlichen Interesse liegende Rechtsmittelzwecke erfordern keine Entscheidung über den konkreten Rechtsstreit

Sowohl eine weitergehende gesetzliche Beschränkung der Zurücknahme der Revision (und gar auch der Berufung) und erst recht eine gesetzliche Ermächtigung der Gerichte, sich über entgegenstehende Parteidispositionen überhaupt hinwegzusetzen und dennoch über das Rechtsmittel zu entscheiden, gehen zwar in die richtige

[74] S. Hirsch, VersR 2012, 929 ff., 932 unter Verweis auf
BVerfG vom 4.11.2009 - 1 BvR 2150/08. Hirsch stützt sich ferner unter Bezugnahme auf
BVerfG vom 23.1.2009 - 2 BvC 4/04 darauf, dass das BVerfG auch im Wahlprüfungsverfahren das Recht beanspruche, im öffentlichen Interesse noch nach Ende der Wahlperiode zu entscheiden, wenn die Rechtsfrage über den Einzelfall hinaus von grundsätzlicher Bedeutung sei.

[75] S. BVerfG, Urt. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218, zit. nach juris Rn. 108 m.w.Nachw. auch zur Antragsrücknahme im Normenkontroll- und im Organstreitverfahren; kritisch aber hinsichtlich der Entscheidung trotz Rücknahme Bauer/Möllers, JZ 1999, 697 f.; in einem angebliche Verzögerungen bei der Bearbeitung oder Bescheidung von Visumsanträgen betreffenden Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV, in welchem das vorlegende nationale Gericht die Vorlage an den EuGH wegen der Auswirkungen auf mehrere Tausend in Bearbeitung befindliche Akten aufrecht erhalten wollte, obwohl die Antwort für die Kläger des Ausgangsverfahrens nicht mehr entscheidungserheblich war, hat der EuGH hingegen jüngst entschieden, dass das Vorlageersuchen trotz fehlender Rücknahme durch das Ausgangsgericht nicht mehr zu beantworten sei, s. EuGH, Beschl. v. 10.1.2019 Rs. C-169/18 (Mahmood), zit. nach juris Rn. 18 ff., 22 ff., 26.; s. ferner die gesetzliche Regelung in § 61 Abs. 1 S. 2 PatG, wonach das Einspruchsverfahren von Amts wegen ohne den Einsprechenden fortgesetzt wird, wenn der Einspruch zurückgenommen wird. Diese Regelung reflektiert das öffentliche Interesse, das mit dem Einspruchsverfahren verfolgt wird und das sich auch in der Popularantragsbefugnis niederschlägt, s. nur Mes, Patentgesetz, 4. Aufl. 2015, Rn. 2.

Richtung, schießen aber aus meiner Sicht über das legitime Reformziel, die prozesstaktische Verhinderung von Leitentscheidungen zu bekämpfen, hinaus, indem sie den – für den Zivilprozess zentralen – Grundsatz der Parteiherrschaft (Dispositionsmaxime) unnötig weit beschneiden.[76] Entsprechende Anregungen sollten in dieser Form nicht verwirklicht werden. Denn es ist daran zu erinnern, dass die Rechtsmittelentscheidung nicht nur aus Rechtsausführungen in den Entscheidungsgründen und dem zugrundeliegenden Tatbestand besteht, sondern überdies in der Urteilsformel (Tenor) über den Erfolg des Rechtsmittels und damit zugleich über das Schicksal der angefochtenen Entscheidung und über die jeweilige Klage befunden wird. Eine solche Rechtsmittelentscheidung über den konkreten Rechtsstreit ist aber nicht erforderlich, um die im allgemeinen öffentlichen Interesse liegenden Zwecke insbesondere der Revision zu erreichen. Haben die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – das Interesse an einer Überprüfung der angefochtenen Entscheidung verloren und möchten sie das Rechtsmittel deshalb nicht weiter verfolgen, dann lässt sich eine Klärung etwaiger Grundsatzfragen schon dadurch erreichen, dass das Rechtsmittelgericht lediglich dazu ermächtigt wird, die durch den jeweiligen Streitgegenstand aufgeworfenen offenen Rechtsfragen dennoch zu beantworten. Dafür genügt aber eine entsprechende rechtliche Stellungnahme unter Wiedergabe der maßgeblichen zugrunde liegenden Tatbestandsannahmen. Hingegen bedarf es keines neuerlichen Urteilsspruches über die Streitsache, wenn die Parteien an einer Kontrolle der angefochtenen Entscheidung kein Interesse mehr haben, braucht es also – konkret gesprochen – keine Überprüfung und ggf. Korrektur der Verurteilung oder Klageabweisung mehr. Es kann vielmehr die angefochtene Entscheidung als solche unangetastet bleiben und in Rechtskraft erwachsen.

IV. Ermächtigung der Gerichte zur Beantwortung aufgeworfener Rechtsfragen unabhängig von der Parteidisposition über den Rechtsstreit für die Revision empfehlenswert

Erscheint also eine Entscheidung über das Rechtsmittel trotz entgegenstehender Parteidisposition als überschießender Eingriff in die den Zivilprozess prägende Dispositionsmaxime, so liegt es auf der Hand, wie vorstehend skizziert, eine begrenzte Ermächtigung der Rechtsmittelgerichte einzuführen, die eine Beantwortung der durch

[76] Gegen weitergehende Beschränkungen der Zurücknahme der Revision auch Rinkler, NJW 2002, 2449, 2550 Fn. 16 unter Verweis auf die Parteidisposition; in der Sache ebenso Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 42 f.

das Rechtsmittel aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen unabhängig von den Parteidispositionen ermöglicht.[77] Für das Revisionsverfahren erscheint dies in der Tat sinnvoll und empfehlenswert, nicht hingegen für die Berufungsinstanz, wie nachfolgend gezeigt werden soll.

1. Revision

a. Regelungsvorschlag

Vorgeschlagen wird, in die ZPO folgende Neuregelung aufzunehmen:

> ***§ 557 Abs. 4 ZPO-E***
>
> *Auch soweit es aufgrund Zurücknahme oder anderweitiger Erledigung einer zulässigen Revision nicht zu einer Entscheidung über Revisionsanträge kommt, kann das Revisionsgericht durch Beschluss Feststellungen zu den durch die Revision aufgeworfenen Rechtsfragen treffen, soweit dies wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung in besonderem Maße geboten erscheint. Dasselbe gilt bei Erlass eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils.*

b. Begründung

Zunächst gilt es klarzustellen, dass auch eine solche – lediglich auf die Beantwortung von Rechtsfragen – beschränkte Ermächtigung des BGH zur Entscheidung trotz widerstreitender Parteidisposition über den konkreten Rechtsstreit in Spannung steht zur Struktur des Zivilprozesses als Parteiprozess mit Geltung der Dispositionsmaxime. Weil jedoch nach Einlegung der Revision die öffentlichen Revisionszwecke, i.e. die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Vordergrund stehen[78], erscheint eine von der Parteidisposition unabhängige revisionsgerichtliche Entscheidungsmacht insoweit legitim, als sie auf die Erreichung der öffentlichen Revisionszwecke beschränkt bleibt und den Parteien keine Entscheidung über den Rechtsstreit aufnötigt, die sie nicht

[77] In diesem Sinne auch bereits Vorwerk, im ARD-Ratgeber Recht, Sendung vom 28.4.2012, s. https://www.daserste.de/information/ratgeber-service/recht/sendung/swr/2012/sende-manuskript-als-download-102.pdf; ferner Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 40 ff. m.w.Nachw., der eine solche begrenzte Ermächtigung als „Entkoppelungslösung“ im Sinne einer Entkoppelung von Streitentscheidung und Normbildung umschreibt.

[78] S. dazu schon oben unter A. III.

mehr wollen[79] und sie überdies lediglich Situationen erfasst, in denen diese öffentlichen Revisionszwecke eine höchstrichterliche Entscheidung in besonderem Maße geboten erscheinen lassen. Insoweit ist zu betonen, dass der Vorschlag eine von der Entscheidung über den Rechtsstreit unabhängige rechtliche Stellungnahme nur ausnahmsweise ermöglicht. Die aktuellen Diesel-Kfz-Abgas-Fälle und andere Konstellationen kollektiver Rechtsschutzbegehren dürfen nicht den Blick darauf verstellen, dass es beim Zivilprozess weiterhin grundsätzlich um individuelle, der Parteidisposition unterliegende Rechtsdurchsetzung geht und gehen sollte. Es besteht keine Veranlassung, die Revision dahin auszugestalten, dass den Prozessparteien regelmäßig gleichsam „das Heft aus der Hand genommen" werden kann. Auch mit Blick auf die öffentlichen Revisionszwecke wäre dies im Übrigen gefährlich, weil dann insbesondere für den b2b-Bereich zu befürchten wäre, dass Revisionen künftig aus Furcht vor einer Missachtung von Parteidispositionen gar nicht mehr eingelegt würden.[80] Die gesetzliche Ermächtigung zur Klärung der mit der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen sollte in ihrer Funktion vielmehr beschränkt bleiben auf eine Art verfahrensrechtliches Ventil für Sondersituationen wie eben insbesondere die hartnäckige prozesstaktischen Vereitelung höchstrichterlicher Leitentscheidungen in Situationen, in denen eine solche insbesondere mit Blick auf eine Vielzahl gleichgelagerter Rechtstreitigkeiten im öffentlichen Interesse und zur Schonung von Justizressourcen dringend geboten erscheint.

Der Vorschlag birgt ferner gegenüber der geltenden Rechtslage den Vorteil, dass der Bundesgerichtshof künftig dann, wenn trotz (drohender) entgegenstehender Parteidisposition eine rechtliche Stellungnahme geboten erscheint, um den öffentlichen Revisionszwecken gerecht zu werden und Rechtssicherheit herzustellen, nicht mehr gezwungen wäre, von seiner fest etablierten Praxis abzuweichen, im Vorfeld von mündlichen Verhandlungen gerade keine Hinweisbeschlüsse zu veröffentlichen.[81] Insofern fügt sich der Vorschlag besser in die üblichen

---

[79] Dementsprechend sollte die Ausübung der vorgeschlagenen Ermächtigung durch das Revisionsgericht kostenrechtlich nichts an einer Gebührenermäßigung gem. § 3 GKG i.V.m. Ziff. 1231 und 1232 der Anl. 1 zum GKG insbesondere infolge Zurücknahme der Revision ändern; gegen eine Kostenbelastung der Parteien auch Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 43.

[80] Womöglich würde auch die ohnehin schon vielfach beklagte Abwanderung namentlich von Handelsstreitigkeiten von der staatlichen Justiz in die stärker von Vertraulichkeit der Entscheidungen geprägte Schiedsgerichtsbarkeit, s. dazu nur Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017, passim, weiter zunehmen.

[81] Vgl. zu dem Hinweisbeschluss des BGH vom 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 oben vor und mit Fn. 53 bis 55.

Verfahrensabläufe ein als der ausnahmsweise Erlass und die Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen durch den BGH. Erst recht bestünde keine Notwendigkeit mehr, die in einem nur vorbereiteten, aber gar nicht existent gewordenen Hinweisbeschluss enthaltenen Rechtsausführungen systemwidrig in einen Beschluss nach § 522 Abs. 3, § 565 Satz 1, § 516 Abs. 3 ZPO zu integrieren, der die Partei nach Zurücknahme der Revision ihres Rechtsmittels für verlustig erklärt, nur um zur Veröffentlichung einer rechtlichen Stellungnahme zu gelangen.[82]

Zivilgerichte – einschließlich des BGH als Revisionsgericht – haben allerdings nach der ZPO grundsätzlich gerade keine Kompetenz für Rechtsgutachten, die unabhängig von der Entscheidung über den jeweiligen Streitgegenstand sind. Dies zeigt sich besonders deutlich an der gegenständlichen Beschränkung der Feststellungsklage auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten Rechtsverhältnisses.[83]

Eine solche Rückbindung der Zivilrechtsprechung und insbesondere der Revisionsrechtsprechung an tatsächliche, von den Parteien unterbreitete Streitfälle erscheint sinnvoll und erhaltenswert, weil sie in Abgrenzung zur Gesetzgebung eine schrittweise differenzierte Bildung gerichtlicher Leitsätze entlang der tatsächlichen Bedürfnisse rechtlicher Klärung ermöglicht.[84] Zivilgerichtliche Regelbildung erfolgt gleichsam *bottom up* und wird maßgeblich geprägt durch den Nuancenreichtum konkreter Streitfälle und deren rechtliche Konturierung durch die Instanzenzüge. Daran sollte festgehalten werden.

Insofern erscheint aber bedeutsam, dass es nach dem Vorschlag dabei bleibt, dass der Bundesgerichtshof als Revisionsgericht nicht zu *abstrakten* Rechtsgutachten ermächtigt wird, sondern nur diejenigen Rechtsfragen beantworten darf, die durch die konkrete Revision aufgeworfen wurden. Über die Disposition der Parteien setzt sich der Vorschlag also nur insoweit hinweg, als die gerichtliche Befugnis zur Klärung

---

[82] So aber jenseits der Diesel-Kfz-Thematik BGH, Beschl. v. 29.8.2017 – XI ZR 318/16, wo es, zit. nach juris Rn. 3, zu dem wiedergegebenen Beschluss heißt: „Dieser Beschluss, der nach § 329 Abs. 2 ZPO nicht zu verkünden war, ist aber nicht existent geworden"; kritisch dazu Riedel, NJW-aktuell 13/2019, Editorial.

[83] S. § 256 Abs. 1 ZPO; plastisch dazu etwa BGH NJW 1986, 1815: „Rechtsfragen ohne Bezug auf ein konkretes Rechtsverhältnis sind jedoch nach allgemeiner Meinung nicht feststellungsfähig im S. des § 256 ZPO."

[84] Dazu eingehend Maultzsch, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, S. 252 ff., 332; w. Nachw. zum *bottom-up lawmaking* bei Gsell, AcP 214 (2014), 99, 134 f., dort auch dazu, dass das europäische Vorlageverfahren vor dem EuGH nach Art. 267 AEUV insofern gewisse Schwächen aufweist, weil hier der Bezug zum konkreten Streitfall je nach Qualität des Vorlagebeschlusses u.U. nur schwach ausgeprägt ist.

dieser Rechtsfragen anders als bislang nicht mehr länger abhängig sein soll von einer Entscheidung über aktuelle Revisionsanträge der Parteien. Damit gilt aber weiterhin, dass die rechtliche Stellungnahme des Revisionsgerichts rückgebunden wird an eine tatsächliche, instanzgerichtlich konturierte Fallkonstellation.

Allerdings kann die vorgeschlagene Entkoppelung der rechtlichen Stellungnahme von einer Entscheidung über den konkreten Rechtsstreit dazu führen, dass die Stellungnahme eine schwächere kontradiktorische Prägung aufweist als ein gewöhnliches Revisionsurteil. Wird nämlich die Revision bereits vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen, so fehlt der rechtlichen Einschätzung des Revisionsgerichts gleichsam der „kontradiktorische Filter" einer Gewinnung bzw. die Bewährung der jeweiligen gerichtlichen Rechtsauffassung in einer streitigen mündlichen Verhandlung mit den Prozessparteien. Auch dies stellt eine Abweichung vom Parteienprozess dar, verstanden als dialogischer Zivilprozess zwischen Parteien und Gericht.[85] Dies erscheint allerdings hinnehmbar.[86] Denn auch sonst kann es durchaus zu begründeten Revisionsentscheidungen des BGH kommen, ohne dass eine kontradiktorische mündliche Verhandlung vor dem BGH mit einem Dialog des Gerichts mit beiden Parteien vorausgeht. Dies gilt namentlich für Versäumnisurteile, wobei es sich dabei durchaus um wichtige Leitentscheidungen handeln kann.[87]

Für die konkrete Entscheidung über die Ausübung der dem BGH mit dem Vorschlag eingeräumten Ermächtigung wird insbesondere die Dringlichkeit der Herstellung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit maßgeblich sein, die je nach Zahl der rechtshängigen oder zu erwartenden instanzgerichtlichen Verfahren, dem Ausmaß inhaltlicher Divergenz innerhalb der Instanzrechtsprechung, aber auch der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der jeweiligen Rechtsfragen unterschiedlich sein kann. Weiter wird auch eine Rolle spielen, wie weit die Entscheidungsreife des Rechtsstreits im Zeitpunkt der jeweiligen Parteidisposition gediehen ist, in welchem Maße also der bisherige Aufwand des Revisionsgerichts verwertet und fruchtbar gemacht werden kann.

[85] S. dazu und zum Verhältnis zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht Stürner, ZZP 123 (2010), 147, 152 ff. m.w.Nachw.

[86] Abw. offenbar Klingbeil, GVRZ 2019, 14 Rn. 45, der deshalb den Parteien trotz Beendigung des Rechtsstreits oder ggf. auch Dritten wie etwa Verbraucherverbänden vor Erlass einer Leitentscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme geben möchte.

[87] Vgl. nur die wegweisende Entscheidung zur Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts BGHZ 146, 341.

Das dem Revisionsgericht eingeräumte Ermessen sollte sich nicht nur auf die Frage erstrecken, ob überhaupt rechtliche Feststellungen erfolgen, sondern auch darauf, in welchem Umfang die in der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen beantwortet werden und inwieweit es dafür erforderlich ist, in der betreffenden Revisionsentscheidung die zugrunde liegenden Tatbestandsannahmen wiederzugeben.

Was schließlich die Wirkungen einer solchen Revisionsentscheidung anbelangt, die keinen Urteilsspruch über Revisionsanträge erfordert, sondern sich in rechtlichen Feststellungen des Revisionsgerichts zu den durch die Revision aufgeworfenen Rechtsfragen erschöpfen kann, so sollte man ihre Eignung, für Rechtsklarheit zu sorgen und das Recht fortzubilden, grundsätzlich nicht anders bewerten als diejenige gewöhnlicher Revisionsentscheidungen mit Urteilsspruch über Rechtsmittel und Rechtsstreit. Sie sollte damit insbesondere in demselben Maße als Grundlage dafür taugen, in Fallkonstellationen, in denen dieselbe rechtliche Frage künftig wieder auftritt, eine Klärungsbedürftigkeit im Sinne von § 543 Abs. 2 ZPO zu verneinen.[88]

2. Berufungsgerichte

Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass es vor den Berufungsgerichten ebenfalls zu prozesstaktischer Verhinderung begründeter Endentscheidungen kommen kann und kommt[89], sollte die für das Revisionsgericht vorgeschlagene Ermächtigung zu rechtlichen Feststellungen trotz entgegenstehender Parteidisposition nicht auf die Berufungsgerichte ausgeweitet werden. Dagegen spricht schon, dass im Berufungsverfahren die Fehlerkontrolle im Interesse der Prozesspartei stärker im Vordergrund steht als im Revisionsverfahren[90] und dass den Berufungsgerichten in Bezug auf die rechtssichere Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen aufgrund ihrer Stellung im Instanzenzug doch eine weniger prominente Rolle zukommt als dem BGH als Revisionsgericht.

[88] Ohnehin gibt es im deutschen Zivilprozessrecht keine strenge rechtliche Präjudizienbindung und ist die Beurteilung der Zulassungsvoraussetzungen der Revision nicht in der Weise formalisiert, dass eine einschlägige Revisionsentscheidung per se die Zulassung einer erneuten Revision für die Zukunft ausschließt. Dementsprechend vermögen etwa Zweifel und Bedenken, die eine Entscheidung des BGH bei den Instanzgerichten oder auch in der Literatur hervorgerufen haben, durchaus die Klärungsbedürftigkeit einer Rechtsfrage als Voraussetzung der Revision zu begründen, vergleiche dazu MünchKommZPO/Krüger, 5. Aufl. 2016, § 543 Rn. 7 m.w.Nachw.
[89] S. dazu bereits vor und mit Fn. 10 und 13.
[90] Dies spiegelt sich nicht zuletzt in den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung wider, die nach § 511 Abs. 1 Nr. 1 ZPO unabhängig von einer etwaigen grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache bereits bei bloßem Überschreiten der Wertgrenze von 600,- € eröffnet ist.

Davon abgesehen ist es anders als im Revisionsverfahren vor dem BGH im Berufungsverfahren durchaus nicht unüblich, den Parteien zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung die vorläufige Rechtsauffassung des Gerichts in einem Hinweisbeschluss kundzutun. Soweit an der Veröffentlichung solcher Hinweisbeschlüsse auch nach einer Zurücknahme der Berufung bzw. einer vergleichsweisen Einigung noch ein öffentliches Interesse besteht, können die Berufungsgerichte also schon *de lege lata* ihrer Rechtsauffassung Gehör verschaffen.[91]

Weil es im Berufungsverfahren überdies nicht selten gerade im Nachgang zu solchen Hinweisbeschlüssen zu einer Zurücknahme des Rechtsmittels kommt, während sich im Revisionsverfahren ein ungünstiger Verfahrensausgang typischerweise erst in der mündlichen Verhandlung abzeichnet, würde eine anschließende rechtliche Stellungnahme des Gerichts wohl auch häufiger als im Revisionsverfahren eine abschließende Entscheidungsbildung wiedergeben, die ohne den kontradiktorischen Input der mündlichen Verhandlung zustandegekommen wäre.

Schließlich ist Folgendes zu bedenken: Während es in Revisionsverfahren äußerst selten zu Prozessvergleichen kommt, ist das Bemühen um eine gütliche Streitbeilegung im Wege des Prozessvergleichs in der Berufungsinstanz regelmäßig stark ausgeprägt und grundsätzlich auch im Sinne der ZPO[92] und abgesehen von prozesstaktischen Sonderkonstellationen auch sinnvoll, um die Parteien zu befrieden und Justizressourcen zu schonen. Da nicht auszuschließen ist, dass eine Ermächtigung der Berufungsgerichte zur isolierten Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen allgemein die Furcht der Prozessparteien nähren könnte, eine ihnen ungünstige Rechtsauffassung werde ohnehin in einer abschließenden Entscheidung festgehalten, würden die Anreize zu einer gütlichen Einigung möglicherweise auch für Konstellationen vermindert, auf welche die Ermächtigung gar nicht zielt. Dies sollte vermieden werden, eben weil im Berufungsverfahren die individuelle Fehlerkontrolle im Vordergrund steht.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Prozesstaktisches Verhalten, mit dem eine Partei versucht, dem Gericht den Rechtsstreit zu entziehen, um eine begründete obergerichtliche oder höchstrichterliche Leitentscheidung mit Blick auf eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zu vermeiden,

[91] Dazu oben unter B.II.
[92] S. dazu bereits vor und mit Fn. 26.

insbesondere, indem dem Prozessgegner ein großzügiges Vergleichsangebot unterbreitet wird, lässt sich über eine punktuelle gesetzliche Regelung zur Ermächtigung der Rechtsmittelgerichte zur Entscheidung über den individuellen Rechtsstreit trotz entgegenstehender Parteidisposition oder wenigstens zur Beantwortung der dadurch aufgeworfenen Rechtsfragen nur in begrenztem Maße effektiv bekämpfen. Je stärker die diesbezügliche Dispositionsfreiheit in den Rechtsmittelinstanzen eingeschränkt wird, umso eher steht zu befürchten, dass die entsprechenden taktischen Bemühungen in die vorausgehende Instanz des jeweiligen Einzelprozesses verlagert werden.

2. Für kollektive Schadensereignisse wie aktuell die Diesel-Kfz-Abgas-Fälle bedarf es vielmehr eines effektiven und auf Leistung gehenden Kollektivklageverfahrens, mit dem ein Repräsentant die gleich oder ähnlich gelagerten Ansprüche sämtlicher Anspruchsteller effektiv gebündelt einklagen kann. Ein solches Gruppenklageverfahren macht parallele Einzelprozesse entbehrlich und bietet den Vorteil, dass der Gruppenkläger „unbestechlich" ist gegenüber einem „Freikauf" einzelner Geschädigter durch den Anspruchsgegner, so dass eine höchstrichterliche Klärung von Grundsatzfragen erleichtert wird. Die zivilprozessuale Musterfeststellungsklage lässt aufgrund ihrer Begrenzung auf bloße Feststellung die Notwendigkeit einer großen Zahl paralleler individueller Leistungsklagen nicht entfallen, ist aber immerhin immun gegen eine Prozesstaktik des „Freikaufs" gegenüber einzelnen Anspruchstellern. Sie sollte deshalb dringend über b2c-Streitigkeiten hinaus allgemein auf bürgerlichrechtliche Streitigkeiten ausgedehnt werden, wobei die klageberechtigten Repräsentanten ebenfalls so erweitert werden müssten, dass entsprechende Musterverfahren tatsächlich realistischerweise stattfinden können.

3. Weiter empfiehlt es sich, die höchstrichterlich anerkannte und verfassungsmäßig verbürgte Pflicht der Gerichte zur Veröffentlichung von Entscheidungen, an denen die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann, gesetzlich klarzustellen und dabei auch verfahrensleitende Hinweisbeschlüsse und Verfügungen explizit aufzunehmen. Auf diese Weise würde die schon jetzt zu beobachtende, den öffentlichen Rechtsmittelzwecken förderliche Praxis der Obergerichte, ihre Rechtsauffassung im öffentlichen Interesse selbst dann noch zu Gehör zu bringen, wenn ihnen der Rechtsstreit entzogen wurde, deklaratorisch abgesichert.

4. Punktuell in Bezug auf die zivilprozessuale Einzelklage empfiehlt es sich nicht, Zurücknahmen von Berufungen oder Revisionen weiter einzuschränken oder die Rechtsmittelgerichte zu ermächtigen, ungeachtet entgegenstehender Parteidisposition gleichwohl über den Rechtsstreit zu entscheiden. Entsprechende Regelungen erscheinen als überschießende Beschränkung der den Zivilprozess maßgeblich prägenden Dispositionsmaxime. Denn eine Klärung von Grundsatzfragen zur Herstellung von Rechtssicherheit kann erfolgen, ohne dass ein Urteilsspruch über die konkret angefochtene Entscheidung und den jeweiligen individuellen Rechtsstreit erfolgt.

5. Dementsprechend sollte für die Revisionsinstanz mit Blick auf besondere – namentlich durch prozesstaktisches Agieren einer Partei geprägte – Situationen, in denen die öffentlichen Revisionszwecke trotz entgegenstehender Pateidisposition eine höchstrichterliche Entscheidung in besonderem Maße geboten erscheinen lassen, eine gesetzliche Ermächtigung des BGH zu ausnahmsweiser Klärung der durch die Revision aufgeworfener Grundsatzfragen geschaffen werden, die sich jedoch nicht auf eine – von den Parteien nicht mehr gewünschte – Entscheidung über den jeweiligen Rechtsstreit erstreckt.

6. Hingegen empfiehlt es sich nicht, diese Ermächtigung zu von der Parteidisposition über den Rechtsstreit losgelösten rechtlichen Feststellungen auf die Berufungsgerichte zu erstrecken. Denn insbesondere kommen im Berufungsverfahren der individuellen Fehlerkontrolle im Parteiinteresse wie auch der einvernehmlichen Beilegung des Rechtsstreits stärkeres Gewicht zu als bei der Revision und sind die Berufungsgerichte aufgrund ihrer Stellung im Instanzenzug nicht in demselben Maße wie der BGH als Revisionsgericht zur abschließender Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen berufen.

Beate Gsell

Prof. Dr. Beate Gsell